Die normsetzende Funktion der Rechtssprechung

- dargestellt an Beispielen des Bundesarbeitsgerichts -

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades eines
DOKTORS DER RECHTE
bei dem Fachbereich Rechtswissenschaft
der Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Michael Gielen
Rechtsanwalt in Berlin

1972

1973

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552709_0011

Die normsetzende Funktion der Rechtssprechung

- dargestellt an Beispielen des Bundesarbeitsgerichts -

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades eines
DOKTORS DER RECHTE
bei dem Fachbereich Rechtswissenschaft
der Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Michael Gielen

Rechtsanwalt in Berlin

1972

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erstgutachter : Professor Dr. iur. Rüthers

Zweitgutachter : Professor Dr. iur. Dütz

Tag der mündlichen Prüfung : 8. März 1973

Meiner Frau

Inhaltsverzeichnis

		Seite
	Vorwort	1
§ 1:	Einleitung	2
	1. Hauptteil: Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	7
	I. Kapitel: Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht	7
§ 2:	1) Frühere Rechtslage	7
§ 3:	2) Entscheidung des Großen Senats vom 28.1.1955	8
§ 4:	3) Weiterentwicklung der Rechtsprechung	10
	II. Kapitel: Rechtsprechung zur Lehre vom Betriebsrisiko	18
§ 5:	1) Ältere Rechtsprechung	18
§ 6:	2) Betriebsrisikolehre des Bundesarbeitsgerichts	19
	III.Kapitel: Rechtsprechung zum Gratifikationsrecht	23
§ 7:	1) Rechtsnatur und Rechtsgrund	23
§ 8:	2) Rückzahlungsklausel	25
§ 9:	3) Methodisches Vorgehen des Bundesarbeitsgerichts	28
	IV. Kapitel: Zwischenergebnis	31
§ 10:	1) Über den Anlaßfall hinausgehende Obersätze	31
§ 11:	2) Urteilsgrundlagen	32
§ 12:	3) Bewertung der aufgestellten Sätze durch das Bundesarbeitsgericht	35
§ 13:	4) Möglichkeiten des Abweichens von der eigenen Rechtsprechung	38
	2. Hauptteil: Voraussetzungen und Grundlagen richterlicher Regelbildung	42
	I. Kapitel: Aufgaben der Rechtsprechung	42
§ 14:	1) Streitentscheidung	42

Seite

§ 15: 2) Rechtssicherheit 45

§ 16: 3) Verankerung in der positiven Gerichtsverfassung 50

§ 17: 4) Umfang des Rechtsverweigerungsverbots 54

II. Kapitel: Bedeutung des Gewaltenteilungsprinzips 59

§ 18: 1) Allgemeines 59

§ 19: 2) Gesetzgebungsprärogative der Legislative - Pflicht zur Gesetzgebung 63

§ 20: 3) Bindung an Gesetz und Recht 67

III.Kapitel: Raum für richterliche Wertungen 71

§ 21: 1) Feststellung des Sachverhalts 71

§ 22: 2) Bildung von Obersätzen 74

§ 23: 3) Gesetzesanwendung und Gesetzesauslegung 77

§ 24: 4) Unbestimmte Begriffe - Generalklauseln 84

§ 25: 5) Lückenfeststellung und Lückenausfüllung 90

§ 26: 6) Contra - legem - Entscheidungen 94

3. Hauptteil: Feststellung und Umfang der Rechtsnormqualität 99

I. Kapitel: Rechtsnormqualität 99

§ 27: 1) Rechtsnormbegriff 99

§ 28: 2) Geltungsgründe von Rechtsnormen 102

§ 29: 3) Normstruktur richterlicher Obersätze 108

§ 30: 4) Juristischer Geltungsgrund richterlicher Rechtsnormen 110

§ 31: 5) Empirischer Geltungsgrund richterlicher Rechtsnormen 116

§ 32: 6) Verhältnis zur herrschenden Lehre vom Gewohnheitsrecht 120

II. Kapitel: Umfang und Abgrenzung richterlicher Rechtsnormen 125

§ 33: 1) Einzelfallentscheidungen 125

§ 34: 2) Einfluß auf die juristische Geltung 128

Seite

§ 35: 3) Unterscheidung: tragender Rechtssatz - obiter dictum 132

§ 36: 4) Einfluß auf die empirische Geltung 139

§ 37: 5) Problem der Rückwirkung 146

4. Hauptteil: Analyse der Rechtsprechung und Kritik sowie Zusammenfassung 153

I. Kapitel: Arbeitskampfrecht 153

§ 38: 1) Methodische Analyse 153

§ 39: 2) Die Geltung der richterlichen Normen 155

§ 40: 3) Rechtspolitische Kritik 159

II. Kapitel: Rechtsprechung zur Lehre vom Betriebsrisiko 165

§ 41: 1) Methodische Analyse 165

§ 42: 2) Rechtspolitische Kritik 167

III.Kapitel: Rechtsprechung zum Gratifikationsrecht 171

§ 43: 1) Methodische Analyse 171

§ 44: 2) Rechtspolitische Kritik 175

IV. Kapitel: Zusammenfassung und Ergebnis 177

§ 45: 1) Allgemeine Grundsätze 177

§ 46: 2) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts 179

Anhang: Entscheidungsregister 181

Literaturverzeichnis

Achterberg, Norbert:	Probleme der Funktionenlehre, München 1970
Adomeit, Klaus:	Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, München 1969
Albert, Hans:	Wissenschaft und Politik: Zum Problem der Anwendbarkeit einer wertfreien Sozialwissenschaft, in: Probleme der Wissenschaftstheorie, Festschrift für Victor Kraft, Wien 1960, S.2/1 ff.
Arndt, Adolf:	Gesetzesrecht und Richterrecht, in: NJW 1963, S.1273 ff.
Bartholomeyczik, Horst:	Die Kunst der Gesetzesauslegung, 4.Auflage Frankfurt 1967
Baur, Fritz:	Das Postulat der Fallgerechtigkeit, in: ZfRV 1962 (3.Band), S.168 ff.
Bender, Bernd:	Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, in: JZ 1957, S.593 ff.
ders.	Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonformen Gesetzesauslegung, in: MDR 1959, S.441 ff.
Bettermann, Karl August:	Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzlichen Richter, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band 3, 2.Halbband, Berlin 1959, S.523 ff.
ders.	Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grundsätze, in: JBl. 1972, S.57 ff.
Betti, Emilio:	Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften, Tübingen 1967

Biedenkopf, Kurt Hans:	Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung, Karlsruhe 197/
ders.:	Anmerkung zu BAG AP Nr.54 zu § 611 BGB Gratifikation in AP
Binding, Karl:	Handbuch des Strafrechts, 1.Band, Leipzig 1885
Birke, Wolfgang:	Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, Köln 1968
Blomeyer, Arwed:	Zivilprozeßrecht - Erkenntnisverfahren, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963
ders.	Der Rechtsschutzanspruch im Zivilprozeß, in: Festschrift für Eduard Böttticher, Berlin 1969, S.61 ff.
ders.	Non liquet, in: JZ 1955, S.605f.
Blomeyer-Buchner:	Rückzahlungsklauseln im Arbeitsrecht, Karlsruhe 1969
Boehmer, Gustav:	Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 2.Buch 2.Abteilung: Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung, Tübingen 1952
Bötticher, Eduard:	Anmerkung zu BAG AP Nr.29 zu Art.12 GG in AP
Bosch, Friedrich-Wilhelm:	Ehe und Familie in der Rechtsordnung. Insbesondere ein Beitrag zum Thema 'Gesetz und Richter', in: FamRZ 1966, S.57 ff.
Brecher, Fritz:	Anmerkung zu BAG AP Nr.27 zu § 611 BGB Gratifikation in AP
Brox, Hans:	Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960
Brusiin, Otto:	Über die Objektivität der Rechtsprechung, Helsinki 1949

Bülow, Oskar:	Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885
Bulla, Gustav Adolf:	Das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfes, in: Festschrift für H.C.Nipperdey zum 60.Geburtstag, München und Berlin 1955, S.163 ff.
Burckhardt, Walther:	Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2.Auflage Zürich 1944
Canaris, Claus-Wilhelm:	Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964
ders.:	Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, Berlin 1969
Coing, Helmut:	Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, Köln und Opladen 1960
ders.:	Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2.Auflage Berlin 1969
Degenkolbe, Gerd:	Über logische Struktur und gesellschaftliche Funktionen von Leerformeln, in: KZfSoz 1965, S.327 ff.
Dietz-Nikisch:	Arbeitsgerichtsgesetz, München und Berlin 1954
Dreier, Ralf:	Zum Begriff der "Natur der Sache" Berlin 1965
Dubischar, Roland:	Grundbegriffe des Rechts. Eine Einführung in die Rechtstheorie, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1968
Dubs, Hans:	Praxisänderungen - Eine methodologische Untersuchung über die Stellung des Richters zum eigenen Präjudiz auf Grund von Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1949

Dütz , Wilhelm:	Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1970
Elze, Hans:	Lücken im Gesetz, Diss. Halle 1913
Emge, Carl August:	Einführung in die Rechtsphilosophie, Frankfurt und Wien 1955
Engisch, Karl:	Der Begriff der Rechtslücke,eine analytische Studie zu Wilhelm Sauers Methodenlehre, in: Festschrift für Wilhelm Sauer, Berlin 1949, S.85 ff.
ders.:	Einführung in das juristische Denken, 5.Auflage Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1971
ders.:	Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3.Auflage Heidelberg 1963
Enneccerus-Nipperdey:	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, Erster Halbband, 15.Auflage Tübingen 1959
Esser, Josef:	Schuldrecht, Band I: Allgemeiner Teil, 4.Auflage, Karlsruhe 1970
ders.:	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2.Auflage Tübingen 1964
ders.:	Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt 1970
ders.:	Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, S.95 ff.
ders.:	Die Interpretation im Recht, in: Studium Generale, 7.Jahrgang 1954, S.372 ff.
Flatow/Kahn-Freund:	Betriebsrätegesetz, 13.Auflage Berlin 1931

Forsthoff, Ernst:	Recht und Sprache. Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik, Halle 1940
ders.:	Die Bindung an Gesetz und Recht (Art.20 Abs.3 GG), in: DÖV 1959, S.41 ff.
Gadamer, Hans-Georg:	Wahrheit und Methode, 2.Auflage Tübingen 1965
Galperin, Hans:	Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, München 1968
ders.:	Die autonome Rechtsetzung im Arbeitsrecht, in: Festschrift für Erich Molitor, München und Berlin 1962, S.143 ff.
Gamillscheg, Franz:	Die Grundrechte im Arbeitsrecht, in: AcP 164 (1965), S.388 ff.
ders.:	Anmerkung zu BAG AP Nr.63 zu § 611 BGB Gratifikation in AP
Geiger, Theodor:	Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Aarhus, Kopenhagen 1947
Germann, Oskar Adolf:	Methodische Grundfragen (Problèmes de methode),6 Aufsätze, Basel 1946
ders.:	Präjudizien als Rechtsquelle: Eine Studie zu den Methoden der Rechtsfindung, Uppsala 1960
ders.:	Probleme und Methoden der Rechtsfindung, Bern 1965
ders.:	Präjudizielle Tragweite höchstrichterlicher Urteile, insbesondere Urteile des schweizerischen Bundesgerichts, in: ZSR NF Bd.68 (1949), S.297 ff 423 ff.
Grimmer, Klaus:	Die Rechtsfiguren einer "Normativität des Faktischen", Berlin 1971

Grunsky, Wolfgang: Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, Karlsruhe 1970

Haberkorn, Kurt: Zum Hausarbeitstag in Nordrhein-Westfalen, in: MDR 1962, S.451 ff.

Habscheid, Walther J.: Über das Verhältnis Richter und Recht, in: Habscheid-Pötter, Zwei Beiträge zum Richterrecht, Paderborn 1968, S.7 ff.

Hahn, Hugo J.: Über die Gewaltenteilung in der Wertwelt des Grundgesetzes, in: JöR NF Bd.14 (1965), S.15 ff.

Heck, Philipp: Das Problem der Rechtgewinnung (1912); Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz (1914); Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1932); redigiert von Roland Dubischar, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1968

ders.: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929

Hedemann, Justus-Wilhelm: Die Flucht in die Generalklausel - Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933

Henke, Horst-Eberhard: Die Tatfrage, Berlin 1966

Henkel, Heinrich: Recht und Individualität, Berlin 1958

ders.: Einführung in die Rechtsphilosophie, Grundlagen des Rechts, München und Berlin 1964

Herschel, Wilhelm: Gratifikationsrückzahlung und Tarifvertrag, in: DB 1967, S.245 ff.

ders.: Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, in: JZ 1967, S.727 ff.

ders.:	Die Zulassungsnormen des Tarifvertrages, in: RdA 1969, S.211 ff.
ders.:	Tarifdispositives Recht, in: DB 1971, S.2114 ff.
Hesse, Konrad:	Grundzüge des Verfassungsrechts, 4.Auflage Karlsruhe 1970
Hirsch, Hans-Joachim:	Richterrecht und Gesetzesrecht, in: JR 1966, S.334 ff.
Horn, Norbert:	Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens, in: NJW 1967, S.601 ff.
Hruschka, Joachim:	Die Konstitution des Rechtsfalles, Berlin 1965
Huber, Eugen:	Recht und Rechtsverwirklichung, Basel 1921
Hueck, Alfred:	Kündigungsschutzgesetz, 5.Auflage München, Berlin 1965
ders.:	Probleme des Streikrechts, in: RdA 1956, S.201 ff.
ders.:	Anmerkung zu BAG AP Nr.6 zu § 1 KSchG in AP
ders.:	Anmerkung zu BAG AP Nr.2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko in AP
ders.:	Anmerkung zu BAG AP Nr.3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko in AP
ders.:	Anmerkung zu BAG AP Nr.4 zu § 615 BGB Betriebsrisiko in AP
ders.:	Anmerkung zu BAG AP Nr.5 zu § 615 BGB Betriebsrisiko in AP
ders.:	Anmerkung zu BAG AP Nr.13 zu § 76 BetrVG in AP
ders.:	Anmerkung zu BAG AP Nr.1 zu § 124 GewO in AP

Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts,
Band I (A.Hueck), 3.bis 5.Auflage Mannheim, Berlin, Leipzig 1931;
6.Auflage Berlin, Frankfurt 1959;
Band II/2 (H.C.Nipperdey unter Mitarbeit von Säcker), 7.Auflage, Berlin, Frankfurt 1970

Huhn, Diether: Der Bundesgerichtshof und die Justizmaschine,
in MDR 1967, S.98 ff.

Isay, Hermann: Rechtsnorm und Entscheidung,
Berlin 1929, Neudruck Aalen 1970.

Jordan: Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, dabey auch über den Gang der Rechtsbildung und die Befugnisse der Gerichte,
in: AcP 8 (1825), S.191 ff.

Jorns, Dieter: Das Betriebsrisiko,
Heidelberg 1957

Kägi, Oskar Werner: Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips,
Diss. Zürich 1937

Karl, Georg: Die Grenzen zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung in der Bundesrepublik,
Diss. Kiel 1966

Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre,
2.Auflage Wien 1960

ders.: Zum Begriff der Norm,
in: Festschrift für H.C.Nipperdey zum 70.Geburtstag 1965,
München und Berlin 1965,S.57 ff.

ders.: Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode,
Tübingen 1911 (erweiterter Neudruck Aalen 1970)

Kisker, Gunter: Die Rückwirkung von Gesetzen,
Tübingen 1963

Klingmüller, Ernst: Anmerkung zu BAG AP Nr.1 zu § 92 HGB in AP

Klug, Ulrich: Rechtslücke und Rechtsgeltung, in: Festschrift für H.C.Nipperdey zum 70.Geburtstag 1965, München und Berlin 1965, S.71 ff.

Knittel, Wilhelm: Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, Bielefeld 1965

Koenig, Günther: Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Rückzahlungsklauseln, in: DB 1968, S.2080 ff.

König, Wilhelm: Die Aufgaben des Richters, in: Reinhardt-König, Richter und Rechtsfindung (2 Vorträge), München und Berlin 1957, S.31 ff.

Kriele, Martin: Theorie der Rechtsgewinnung, Berlin 1967

Kruse, Heinrich Wilhelm: Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts, in: Recht und Staat Heft 396, Tübingen 1971

Kühne, Rudolf: Die Richter und die Politisierung der Rechtsprechung, in: DRiZ 1971, S.113 ff.

Lange, Heinrich: BGB, Allgemeiner Teil, 13.Auflage München 1970

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2.Auflage Berlin, Heidelberg, New York 1969

ders.: Über das Verhältnis von Interpretation und richterlicher Rechtsfortbildung, in: Festschrift für Carl Olivecrona, Stockholm 1964, S.384 ff.

ders.: Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung, Karlsruhe 1965

ders.: Das Problem der Rechtsgeltung, Berlin 1929 (unveränderter Nachdruck Darmstadt 1967)

ders.:	Über die Bindungswirkung von Präjudizien, in : Festschrift für Hans Schima, Wien 1969, S.247 ff.
ders.:	Derogierende Kraft des Gerichtsgebrauchs? in: NJW 1951, S.497 ff.
ders.:	Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, in NJW 1965, S.1 ff.
Lehmann/Hübner:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16.Auflage Berlin 1966
Leibholz, Gerhard:	Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2.Auflage München und Berlin 1959
Less, Günther:	Vom Wesen und Wert des Richterrechts, Erlangen 1954
Liver, Peter:	Der Wille des Gesetzes, Bern 1954
von Mangoldt/Klein:	Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2.Auflage Berlin, Frankfurt 1966
Marcic, René:	Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien 1957
Maunz-Dürig-Herzog:	Grundgesetz, Band II, 3.Auflage München 1971
Mayer-Maly, Theo:	Anmerkung zu BAG AP Nr.31 zu Art.9 GG Arbeitskampf in AP
ders.:	Anmerkung zu BAG AP Nr.32 zu Art.9 GG Arbeitskampf in AP
ders.:	Anmerkung zu BAG AP Nr.28 zu § 611 BGB Gratifikation in AP
ders.:	Anmerkung zu BAG AP Nr.35 zu Art.9 GG Arbeitskampf in AP
ders.:	Anmerkung zu BAG AP Nr.36 zu Art.9 GG Arbeitskampf in AP
ders.:	Zehn Jahre Bundesarbeitsgericht, in: RdA 1964, S.441 ff.

ders.:	Probleme des Arbeitskampfrechts, in: JBl. 1967, S.1 ff.
ders.:	Anmerkung zu BAG AP Nr.69 zu § 611 BGB Gratifikation in AP
ders.:	Österreichs OGH lehnt abstrakte Nutzungsentschädigung ab, in: VersR 1969, S.867f.
ders.:	Das Verhältnis der richterlichen Rechtsfortbildung zur arbeitsrechtlichen Gesetzgebung, in: RdA 1970, S.289 ff.
ders.:	Allgemeines und Österreichisches zum wilden Streik, in: RdA 1970, S.333 ff.
ders.:	Arbeitsrechtliche Rechtsfortbildung, in: DB 1970, S.444 ff.
ders.:	Die politische Funktion der Rechtsprechung in einer pluralen Gesellschaft, in: DRiZ 1971, S.325 ff.
Mayer-Maly/Nipperdey:	Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben, in: Recht und Staat Heft 304/305, Tübingen 1965
Meier-Hayoz, Arthur:	Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951
Mennicken, Axel:	Das Ziel der Gesetzesauslegung, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1970
Mes, Peter:	Der Rechtsschutzanspruch, Diss. Köln, Berlin, Bonn, München 1970
Meyer-Cording, Ulrich:	Die Rechtsnormen, Tübingen 1971
Meyer-Ladewig, Jens:	Justizstaat und Richterrecht, in: AcP 161 (1962), S.97 ff.
Model/Müller:	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6.Auflage Köln, Berlin, Bonn, München 1971

Müller, Friedrich:	Normstruktur und Normativität, Berlin 1966
Müller, Gerhard:	Das Arbeitskampfrecht im Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21.April 1971, in: RdA 1971, S.321 ff.
Musa, Wilhelm:	Zur Rechtfertigung der Aussperrung in: RdA 1971, S.346 ff.
Nawiasky, Hans:	Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2.Auflage Einsiedeln, Zürich, Köln 1948
Neumann-Duisberg, Horst:	Anmerkung zu BAG AP Nr.4 zu § 1 TVG Auslegung in AP
ders.:	Anmerkung zu BAG AP Nr.10 zu § 1 TVG Auslegung in AP
ders.:	Anmerkung zu BAG AP Nr.22 zu § 66 BetrVG in AP
Nikisch, Arthur:	Arbeitsrecht, Tübingen 1951
ders.:	Arbeitsrecht, 1.Band: Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3.Auflage Tübingen 1961
Nipperdey, Hans Carl:	Das Recht des Streiks in Deutschland, in: SJZ 1949, Sp.811 ff.
ders.:	Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante Betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik vom 27. bis 29.Mai 1952 entstanden sind, Rechtsgutachten, Köln 1953
Nipperdey/Säcker:	Anmerkung zu BAG AP Nr.39 zu Art.9 GG Arbeitskampf in AP
Pohle, Rudolf:	Anmerkung zu BAG AP Nr.1 zu § 161 ZPO in AP
ders.:	Anmerkung zu LAG Frankfurt AP Nr.2 zu § 61 ArbGG 1953 Zwangsvollstreckung in AP

Radbruch: Gustav:	Rechtsphilosophie, hersg. von Erik Wolff, 6.Auflage Stuttgart 1963
ders.:	Einführung in die Rechtswissenschaft, 12.Auflage (besorgt von Konrad Zweigert) Stuttgart 1969
ders.:	Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: SJZ 1946, Sp. 105 ff.
Ramm, Thilo:	Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, Stuttgart 1965
ders.:	Das Recht des Arbeitskampfes nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: JZ 1961, S.275 ff.
ders.:	Auslegung und gesetzesändernde Rechtsfortbildung, in: ArbuR 1962, S.353 ff.
ders.:	Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: JZ 1964, S.484 ff., 546 ff., 582.ff.; 1966, S.214 ff.
ders.:	Der Koalitionsbegriff, in: RdA 1968, S.412 ff.
ders.:	Zur Bedeutung der Rechtssoziologie für das Arbeitsrecht, in: KJ 1970, S.175 ff.
Rausch, Heinz:	Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung (Herausgeber), Darmstadt 1969
Redeker, Konrad:	Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtsetzung, in: NJW 1972, S.409 ff.
Reichel, Hans:	Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915
Reinicke, Gerhard und Dietrich:	Die Auslegungsgrundsätze des Bundesgerichtshofs, in: NJW 1951, S.681 ff.

dies.:	Die Bedeutung des Wortlautes bei der Auslegung von Gesetzen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: NJW 1952, S.1033 ff.
dies.:	Die Auslegungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts, in: NJW 1955, S.1380 ff., 1622 ff.
dies.:	Zum Vertrauensschutz auf eine ständige Rechtsprechung, in: MDR 1956, S.324 ff.
Reinicke, Dietrich:	Ausfüllung von Gesetzeslücken durch den Bundesgerichtshof, in: JuS 1964, S.421 ff.
Richardi, Reinhard:	Anmerkung zu BAG AP Nr.32 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag in AP
ders.:	Aussperrung und Arbeitsverhältnis in: RdA 1970, S.65 ff.
ders.:	Der Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21.April 1971, in: RdA 1971, S.334 ff.
Rosenberg/Schwab:	Zivilprozeßrecht, 10.Auflage München 1969
Ross, Alf:	Theorie der Rechtsquellen, Leipzig und Wien 1929
Roth-Stielow, Klaus:	Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz, Villingen 1963
Rüthers, Bernd:	Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tübingen 1968
ders.:	Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1970

ders.:	Betriebsverfassungsrechtliches Mitbestimmungsrecht und Individualbereich, in: Rüthers-Boldt, Zwei arbeitsrechtliche Vorträge, München 1970
ders.:	Anmerkung zu BAG AP Nr.3 zu § 10 MSchG in SAE 1964, S.50 ff.
ders.:	Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, in: Der Staat 1967, S.101 ff.
ders.:	Das Recht der Gewerkschaften auf Information und Mitgliederwerbung im Betrieb, in: RdA 1968, S.161 ff.
ders.:	Zur Beseitigung von Arbeitsverträgen durch Aussperrung, in: DB 1969, S.969 ff.
ders.:	Kampfparität im Arbeitskampfrecht, in: JurA 1970, S.85 ff.
ders.:	Rechtsprobleme des "tarifbezogenen" wilden Streiks, in: DB 1970, S.2120 ff.
Säcker, Franz-Jürgen:	Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, Düsseldorf 1969
ders.:	Zur demokratischen Legitimation des Richter- und Gewohnheitsrechts, in: ZRP 1971, S.145 ff.
Sauer, Wilhelm:	Juristische Methodenlehre. Zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften, Stuttgart 1940
Scheuerle, Wilhelm A.:	Rechtsanwendung, Nürnberg, Düsseldorf 1952
ders.:	Das Wesen des Wesens, in: AcP 163 (1964), S.431 ff.

Scheuner, Ulrich:	Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte zu der Fortbildung des Arbeitskampfrechts im Beschluß des Großen Senats vom 21.April 1971, in: RdA 1971, S.327 ff.
Schneider, Hans-Peter:	Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, Frankfurt 1969
Schreiber, Rupert:	Die Geltung von Rechtsnormen, Berlin,Heidelberg,New York 1966
Schumann, Ekkehard:	Das Rechtsverweigerungsverbot, in: ZZP Bd.81 (1968), S.79 ff.
ders.:	Besprechung von Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, in: RabelsZ 1967, S.168f.
Seiter, Hugo:	Anmerkung zu BAG AP Nr.32 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag in SAE 1970, S.206 ff.
Söllner, Alfred:	Anmerkung zu BAG AP Nr.1 zu § 124 GewO in SAE 1968, S.39f.
Spiro, Karl:	Über den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts, Basel 1948
Spittler, Gerd:	Norm und Sanktion, Olten und Freiburg 1967
Staudinger:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin I.Band : Allgemeiner Teil, 11.Auflage 1957 (Bearbeiter: Brändl, Coing), II.Band: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1b: § 242, 11.Auflage 1961 (Bearbeiter: W.Weber), Teil 3: §§ 611-704, 11.Auflage 1958 (Bearbeiter: Nipperdey, Mohnen, Neumann, Riedel)

Stein, Erwin: Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung, in: NJW 1964, S.1745 ff.

Stein-Jonas-Schönke-Pohle: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19.Auflage Tübingen 1964, 1.Band

Steinke, Reimar: Die richterliche Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Diss. Berlin 1963

Stoll, Hans: Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? Gutachten für den 45.Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 45.Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1964, München und Berlin 1964

Thiele, Wolfgang: Anmerkung zu BAG AP Nr.57 zu § 626 BGB in SAE 1969, S.54f.

Tophoven, Ernst: Anmerkung zu BAG AP Nr.3 zu § 1 TVG Auslegung in AP

ders.: Anmerkung zu BAG AP Nr.12 zu § 1 TVG Auslegung in AP

ders.: Anmerkung zu BAG AP Nr.13 zu § 1 TVG Auslegung in AP

ders.: Anmerkung zu BAG AP Nr.69 zu § 1 TVG Auslegung in AP

Topitsch, Ernst: Vom Ursprung und Ende der Metaphysik, Wien 1958

ders.: Über Leerformeln - Zur Problematik des Sprachgebrauchs in Philosophie und politischer Theorie, in: Probleme der Wissenschaftstheorie, Festschrift für Victor Kraft, Wien 1960, S.233 ff.

ders.: Die Menschenrechte. Ein Beitrag zur Ideologiekritik, in: JZ 1963, S.1 ff.

Tsatsos, Themistokles: Zur Geschichte und Kritik der Lehre von der Gewaltenteilung, Heidelberg 1968

Viehweg, Theodor: Topik und Jurisprudenz, 4.Auflage München 1969

Vogel, Thilo: Zur Praxis und Theorie der richterlichen Bindung an das Gesetz im gewaltenteilenden Staat, Berlin 1969

Wassermann, Rudolf: Politisierung der Rechtsprechung? in: DRiZ 1970, S.79 ff.

Weber, Max: Rechtssoziologie, ed.Winckelmann, 2.Auflage Neuwied und Berlin 1967

Welzel, Hans: An den Grenzen des Rechts - Die Frage der Rechtsgeltung, Köln und Opladen 1966

Wenzel, Leonhard: Die Problematik der richterlichen Ausfüllung von Gesetzeslücken, in: JZ 1960, S.713 ff.

ders.: Anmerkung zu LAG Frankfurt AP Nr.2 zu § 61 ArbGG 1953 Zwangsvollstreckung in JZ 1965,S.287 ff.

Werner, Fritz: Das Problem des Richterstaates, Heft 2 der Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e.V. Berlin 1960

ders.: Über Tendenzen der Entwicklung von Recht und Gericht in unserer Zeit, Karlsruhe 1965

ders.: Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, Karlsruhe 1966

Westermann, Harry: Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Münster 1955

Wieacker, Franz: Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, in: Recht und Staat Heft 193/194, Tübingen 1956

ders.:	Gesetz und Richterkunst, Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung, Karlsruhe 1958
ders.:	Anmerkung zu BAG AP Nr.22 zu § 611 BGB Gratifikation in JZ 1963, S.175 f.
Wiedemann, Herbert:	Anmerkung zu BAG AP Nr.62 zu § 611 BGB Gratifikation in AP
ders.:	Die deutschen Gewerkschaften - Mitgliederverband oder Berufsorgan, in: RdA 1969, S.321 ff.
Wieczorek, Bernhard:	Anmerkung zu BAG AP Nr.24 zu § 72 ArbGG 1953 in AP
Wissmann, Peter:	Rechtsnorm und reale Geltung, Diss. Köln 1967
Wolf, Ernst:	Anmerkung zu BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation in AP
ders.:	Anmerkung zu BAG AP Nr.54 zu § 611 BGB Gratifikation in SAE 1966, S.233 ff.
Wolff, Hans J.:	Verwaltungsrecht I, 8.Auflage München 1971
Zimmermann, Theo:	Anmerkung zu BAG AP Nr.4 zu § 11 KSchG in NJW 1955, S.1088
ders.:	Der Wortlaut des Gesetzes im Spiegel höchstrichterlicher Rechtsprechung, in: NJW 1956, S.1262 ff.
Zippelius, Reinhold:	Das Wesen des Rechts, München 1965
ders.:	Einführung in die juristische Methodenlehre, München 1971
ders.:	Kollisionen des Rechts mit heterogenen Normen und Pflichten, in: Festschrift für Hans Liermann zum 70.Geburtstag, Erlangen 1964, S.305 ff.
ders.:	Zum Problem der Rechtsfortbildung, in: NJW 1964, S.1981 ff.

Zitelmann, Ernst: Lücken im Recht, Leipzig 1903

Zweigert, Kurt: Das neue Kartellgesetz, in: DVBl.1958, S.773 ff.

Zweigert/Kötz: Die Bedeutung des Rückwirkungsverbots für die Auslegung von Steuergesetzen, in: BB 1969, S.453 ff.

- - - - - - - - - -

Mugdan, B.: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (herausgegeben und bearbeitet),

II.Band: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899

Abkürzungsverzeichnis

aaO.	- am angegebenen Ort
Abs.	- Absatz
AcP	- Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	- alte Fassung
Anm.2, 20	- Anmerkung 20 des 2.Hauptteils
AOG	- Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.1.1943
AP	- Arbeitsrechtliche Praxis - Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts, herausgegeben von Hueck-Nipperdey-Dietz
ArbGG	- Arbeitsgerichtsgesetz vom 3.9.1953
ArbKrankhG	- Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle vom 26.6.1957
ArbuR	- Arbeit und Recht (Zeitschrift)
ARS	- Arbeitsrechts-Sammlung
Art	- Artikel
AVAVG	- Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16.7.1927
AT	- Allgemeiner Teil des BGB
BAG	- Bundesarbeitsgericht
BAGE	- Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	- Der Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd.	- Band
BetrVG	- Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.1952
BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BGBl. I	- Bundesgesetzblatt Band I
BGH	- Bundesgerichtshof
Bl.	- Blatt
BRG	- Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920
BundVersAngst GfAngest	- Gesetz über die Errichtung der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte vom 7.8.1953

BVerfG	- Bundesverfassungsgericht
DAG	- Deutsche Angestelltengewerkschaft
DB	- Der Betrieb (Zeitschrift)
ders. / dies.	- derselbe / dieselben
DGB	- Deutscher Gewerkschaftsbund
Diss.	- Dissertation
DJT	- Deutscher Juristentag
DÖV	- Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DRiZ	- Deutsche Richterzeitung
DVBl.	- Deutsches Verwaltungsblatt
ed.	- ediert
Einl.	- Einleitung
FamRZ	- Zeitschrift für das gesamte Fami - lienrecht. Ehe und Familie im pri- vaten und öffentlichen Recht
f, ff.	- folgende
GewO	- Gewerbeordnung vom 26.7.1900
GG	- Grundgesetz vom 23.5.1949
GS	- Großer Senat
Halbb.	- Halbband
HAG-NRW	- Gesetz über die Freizeitgewährung für Frauen mit eigenem Hausstand des Landes Nordrhein-Westfalen vom 27.7.1948
HGB	- Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897
JBl.	- Juristische Blätter (Wien)
JöR	- Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	- Juristische Rundschau
JugArbSchutzG	- Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend vom 9.8.1960
JurA	- Juristische Analysen (Zeitschrift)
JuS	- Juristische Schulung
JZ	- Juristenzeitung
KJ	- Kritische Justiz (Zeitschrift)
KSchG	- Kündigungsschutzgesetz vom 10.8. 1951
KZfSoz	- Kölner Zeitung für Soziologie und Sozialpsychologie
LAG	- Landesarbeitsgericht
LS	- Leitsatz
MDR	- Monatsschrift für Deutsches Recht

MuSchG	- Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter vom 24.1.1952
n.F.	- neue Fassung
NF	- Neue Folge
NJW	- Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	- Nummer
R	- Rückseite
RabelsZ	- Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAG	- Reichsarbeitsgericht
Rd.	- Rand
RdA	- Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RG	- Reichsgericht
RVO	- Reichsversicherungsordnung vom 19.7.1911
S.	- Seite
s.	- siehe
SAE	- Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchwBeschG	- Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter in der Fassung vom 14.8.1961
SJZ	- Süddeutsche Juristenzeitung
Sp.	- Spalte
TOA	- Tarifordnung für Angestellte
TVG	- Tarifvertragsgesetz vom 9.4.1949
VersR	- Versicherungsrecht (Zeitschrift)
z.B.	- zum Beispiel
ZfRV	- Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Wien)
ZGB	- Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	- Zivilprozeßordnung in der Fassung vom 12.9.1950
ZRP	- Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	- Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZZP	- Zeitschrift für Zivilprozeß

Vorbemerkung

Die Untersuchungen dieser Arbeit stützen sich auf insgesamt 174 Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts.

Um die Zitierweise zu vereinheitlichen, wird nur auf die Sammlung Arbeitsrechtliche Praxis (AP) als Fundstelle verwiesen. Bis auf zwei Urteile sind sämtliche Entscheidungen dort veröffentlicht. Zwar sind diese Zitate zum Teil etwas umständlich, die Zitierweise erweist sich aber insgesamt durch ihre Einheitlichkeit als übersichtlicher und raumsparender als die Anführung mehrerer Fundstellen. Dafür findet sich im Anhang eine Zusammenstellung der herangezogenen Entscheidungen mit Aktenzeichen, Erscheinungsdatum und den wesentlichen Veröffentlichungen in der amtlichen Entscheidungssammlung sowie den Zeitschriften Recht der Arbeit, Betriebsberater, Der Betrieb und Neue Juristische Wochenschrift.
Soweit in den Literaturhinweisen Abkürzungen der Titel verwendet worden sind, ist dieser Teil des Titels im Literaturverzeichnis durch Unterstreichen entsprechend gekennzeichnet.
Die Arbeit hat die Rechtsprechung und Literatur bis zum 31.März 1972 berücksichtigt.

§ 1

E i n l e i t u n g

Der Arbeit liegt das ebenso alte wie besonders heute wieder aktuelle Problem zugrunde, ob und inwieweit der Richter neben dem Gesetz und darüber hinaus Rechtsregeln bildet, die nicht einfach Gesetzesanwendung sind, sondern ihrerseits Recht setzen. Es geht um die Frage, ob auch der Richter gesetzgeberische Funktionen wahrnimmt und wahrnehmen darf.
Diese Fragestellung setzt allerdings einen rechtstheoretischen Standpunkt voraus, der den Gesetzespositivismus herkömmlicher Prägung für überholt hält. Eine Erörterung hierüber würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Sie erscheint aus zwei Gründen auch nicht notwendig. Zum ersten wird diese Richtung in der deutschen Wissenschaft kaum noch vertreten. Der von dieser historischen Rechtstheorie herkommende heutige neopositivistische Denkansatz steht der hier aufgeworfenen Frage nicht im Wege, da er nicht der Ansicht ist, das kodifizierte Recht sei ein geschlossenes und vollständiges System, aus dem für jeden auftretenden Fall eine Lösung gefunden werden kann und muß. Die Vorstellung vom Richter als Subsumtionsmaschine, der also lediglich in einem logischen Prozeß durch Syllogismus ohne eigene Wertung aus dem vorgegebenen Gesetz die Lösung für den zu entscheidenden Fall zu finden habe, ist heute längst als das aufgedeckt worden, was es auch schon früher gewesen ist: eine Vereinfachung und zugleich Verdeckung der eigentlichen Aufgabe und Funktion der Richter im gewaltenteiligen Staat um der Aufrechterhaltung einer Fiktion willen, der Fiktion der reinen und vollständigen Trennung der drei Gewalten im formalen Sinne.
Das Problem der richterlichen Normsetzung hat es also schon zu Montesquieus Zeiten gegeben, es ist lediglich

geleugnet[1], und - soweit möglich - bekämpft worden. Auch der heute noch zum Beispiel von Hirsch[2] unternommene Versuch, den Raum für richterrechtliche Normsetzung auf die Entscheidungen contra legem zu beschränken und das Problem dann so zu lösen, daß Contra-legem-Entscheidungen grundsätzlich und generell unzulässig sind, so daß also auch richterliche Normsetzung ausscheidet, überzeugt nicht. Wie noch zu zeigen sein wird, nehmen die Contra-legem-Entscheidungen nur einen Teil ein und bilden ein Randproblem der erörterten Frage.

Der zweite Grund, der eine Auseinandersetzung im obigen Sinne unnötig erscheinen läßt, ergibt sich aus dem schon Gesagten. Im Grunde stellt sich das Problem der vom Richter gebildeten Normen auch bei der positivistischen Theorie. Die Bezeichnung ist lediglich eine andere. Die Untersuchung müßte dann erst recht in dem Bereich einsetzen, den zum Beispiel Hirsch als schlichte Gesetzesanwendung und Auslegung bezeichnet.

Die Aufstellung richterlicher Normen und der damit verbundenen Fragen wird besonders akut auf dem Gebiet des Arbeitsrechts. Das Arbeitsrecht ist historisch aus dem allgemeinen Bürgerlichen Recht und Bereichen des öffentlichen Rechts entstanden und hat sich - nicht zuletzt durch die Rechtsprechung auf diesem Gebiet - zu einem eigenständigen Rechtsgebiet entwickelt. Erst nach dem 2.Weltkrieg ist die Anzahl arbeitsrechtlicher Einzelgesetze stärker gewachsen, ein einheitliches Arbeitsgesetzbuch fehlt bis heute. Daher finden sich auf diesem Gebiet zahlreiche Rechtsfragen, die gesetzlich nicht oder nur unvollständig geregelt sind. Um so wichtiger ist hier die Beantwortung der Frage, ob und

---

(1) Der Richter als 'la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés', siehe hierzu O.W. Kägi, Gewaltenteilung, S.60.

(2) H.-J.Hirsch, JR 1966, S.334 ff.

inwieweit der Richter befugt ist, die erforderlichen Rechtsregeln zu schaffen,und welche Bedeutung ihnen zukommt. Die Worte vom Richter als dem entscheidenden Machtfaktor des Arbeitsrechts werfen ein Schlaglicht auf die Problematik, insbesondere im Bereich des Arbeitsrechts(3).

Die Frage richterlicher Normsetzung stellt sich im Grunde bei jeder richterlichen Spruchtätigkeit, gleichgültig, in welchem Instanzenzug sie ausgeübt wird. Zu beachten ist aber, daß nach der Arbeitsgerichtsverfassung das Bundesarbeitsgericht die letzte mögliche Instanz ist. Gegen die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts gibt es kein Rechtsmittel mehr, sondern lediglich die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Allerdings besteht nicht für alle Arbeitsrechtsstreitigkeiten die Möglichkeit, mit der Revision zum Bundesarbeitsgericht zu kommen. Die Voraussetzungen hierfür sind in § 72 ArbGG geregelt. Wie aber gerade die Divergenzrevision gemäß § 72 Abs.1 Satz 2 und 3 ArbGG deutlich macht, kommt dem Bundesarbeitsgericht als oberster Instanz besondere Bedeutung zu für die Frage richterlicher Rechtssetzung. Daher befaßt sich diese Untersuchung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, obwohl eine vergleichbare Untersuchung auch die Rechtsprechung eines Landesarbeitsgerichts, soweit sie rechtskräftig geworden ist, für den betreffenden Landesarbeitsgerichtsbezirk zugrunde legen könnte.

Die Arbeit nimmt die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Ausgangspunkt. Um zu verdeutlichen, in welchem Umfang die Rechtsprechung ganze Rechtsgebiete oder grundsätzliche Rechtsfragen entscheidet und wie

---

(3) Siehe hierzu: Gamillscheg: "Der Richter ist der eigentliche Herr des Arbeitsrechts. Er wertet selbst,und er prüft die Wertungen des Normgebers." Und ders.: "Das Richterrecht bleibt unser Schicksal." (AcP 164 (1965), S.388, 445). Ähnlich Ramm: "Nicht Verfassung, Gesetz oder Autonomie des sozialen Gegenspielers beherrschen das neue deutsche Arbeitsrecht, sondern den entscheidenden Machtfaktor stellt das Bundesarbeitsgericht dar." (JZ 1964, S.586).

das Bundesarbeitsgericht dabei vorgeht, soll am Anfang der Arbeit eine Darstellung solcher Regelungskomplexe stehen. Als Beispiele dienen die Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht, zur Lehre vom Betriebsrisiko und zum Gratifikationsrecht. Diese Beispiele sind nicht nach einem bestimmten methodischen Konzept ausgewählt worden. Maßgebend waren allein rechtstatsächliche Überlegungen: Eine Arbeit über das Problem richterlicher Normsetzung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts kann nicht an der Regelung des Arbeitskampfrechts durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seit der Entscheidung des Großen Senats vom 28.1.1955(4) vorbeigehen, ohne damit die wichtigsten, umfassendsten und für die Praxis bedeutsamsten Urteile des Bundesarbeitsgerichts - zumindest auf dem Gebiet des kollektiven Arbeitsrechts - außer acht zu lassen. Die Rechtsprechung zur Lehre vom Betriebsrisiko hängt mit dem Arbeitskampfrecht sachlich eng zusammen und folgt in der Darstellung daher als zweites Beispiel.
Ähnlich große Bedeutung, was Resonanz in der Literatur und Beeinflussung der Praxis angeht, hat die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf dem Gebiet des Individualarbeitsrechts zum Gratifikationsrecht. Insbesondere hat das Bundesarbeitsgericht hier ausführlich seinen methodischen Standpunkt dargelegt und gegen Angriffe verteidigt.
Dieser Teil gibt daher gleichzeitig das methodische Vorgehen des Bundesarbeitsgerichts und dessen Äußerungen hierzu als der nach seiner Funktion zuständigen Instanz wider. Er schließt mit einer Zusammenfassung und Analyse dieser Rechtsprechung hinsichtlich der angesprochenen Fragen.
Die Reihe der Beispiele ließe sich erheblich erweitern. Wenn sich aber an den gewählten Beispielen zeigen läßt, daß die Fragestellung einen höchst aktuellen weit-

---

(4) AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf

gehenden Bezug in der Rechtsprechungspraxis hat und wie die Stellung des Bundesarbeitsgerichts hierzu ist, so bedarf es einerseits keiner weitergehenden Verdeutlichung. Andererseits würde das Aufzeigen anderer Urteile, die ihre Entscheidungen vollständig oder weitgehend unmittelbar aus dem Gesetz herleiten konnten, so daß das Problem nicht oder kaum berührt wird, die Bedeutung desselben nicht beseitigen.

Im zweiten Teil werden die Voraussetzungen richterlicher Regelbildung im Hinblick auf die Aufgaben der Rechtsprechung und auf methodische Grundsätze erörtert.

Der dritte Teil widmet sich der Feststellung der Rechtsnormqualität richterlicher Obersätze und untersucht anhand von Rechtsprechungsbeispielen den Umfang solcher Rechtsnormen.

Der vierte Teil schließlich überprüft die eingangs dargestellten Rechtsprechungskomplexe auf die gewonnenen Ergebnisse hin und kommt zu einer Kritik in rechtspolitischer und methodischer Hinsicht. Er schließt mit einer Zusammenfassung.

1. Hauptteil:

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

I. Kapitel: Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht

§ 2

1) Frühere Rechtslage

Am Anfang der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampfrecht steht die bereits erwähnte Entscheidung des Großen Senats vom 28.1.1955. Um die Bedeutung der Entscheidung für dieses Rechtsgebiet verstehen zu können, bedarf es einer kurzen Darstellung des Rechtszustandes, den der Große Senat in der Rechtsprechung und Literatur zum Arbeitskampf vorfand(5). Danach leitete sich die Streikfreiheit aus der allgemeinen Handlungsfreiheit her, dagegen gab es kein durch Art.9 Abs.3 GG garantiertes Streikrecht. Man unterschied verschiedene Rechtmäßigkeitsschranken für diese grundsätzliche Streikfreiheit. Insbesondere galt die Streikbeteiligung als rechtswidrige und schuldhafte Verletzung der sich aus dem Arbeitsvertrag des streikenden Arbeitnehmers ergebenden Arbeitspflicht, es sei denn, daß der Arbeitnehmer vorher fristgerecht gekündigt hatte. Der Vertragsbruch berechtigte den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung und verpflichtete die streikenden Arbeitnehmer zum Schadensersatz als Gesamtschuldner.
Ein Streik, der gegen die jedem Tarifvertrag innewohnende Friedenspflicht verstößt, die auch ein Kampfverbot bedeutet, ist tarifwidrig. Die schuldhafte Ver-

---

(5) Eine Zusammenfassung findet sich bei Nipperdey, SJZ 1949, Sp.811 ff. Derselbe Nipperdey ist später wesentlicher Wegbereiter der neuen Rechtsprechung durch das sog. Zeitungsstreikgutachten ("Ersatzansprüche") und Verfechter in Praxis (als Präsident des Bundesarbeitsgerichts und des zuständigen 1.Senats) und Theorie (mit seinem Lehrbuch des Arbeitsrechts).

letzung der Friedenspflicht begründet eine Schadensersatzpflicht der Tarifvertragspartei, nicht deren Mitglieder.
Außerdem kann der Streik gegen Mitgliederpflichten der Gewerkschaftsmitglieder verstoßen und als solcher verbandswidrig sein. Schließlich galt ein Streik von Beamten als amtswidrig, da eine Streikfreiheit der Beamten nicht anerkannt wurde.
Wichtig in dieser Beurteilung des Streiks ist, daß er als solcher keine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 Abs.1 BGB sein konnte.
"Ebenso liegt keine widerrechtliche Verletzung des sogenannten 'Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb' vor, wenn man ein solches Recht überhaupt anerkennen will."(6). Nur unter den engen Voraussetzungen des § 826 BGB kann der Streik insgesamt rechtswidrig, nämlich sittenwidrig sein.

§ 3

2) Entscheidung des Großen Senats vom 28.1.1955

Demgegenüber beurteilt das Bundesarbeitsgericht seit der Entscheidung des Großen Senats das Arbeitskampfrecht grundsätzlich anders. Übereinstimmung besteht lediglich darin, daß auch das Bundesarbeitsgericht - entgegen zahlreichen Stimmen in der Literatur - kein Streikrecht, sondern nur eine Streikfreiheit anerkennt, die es allerdings aus Art.9 Abs.3 GG herleitet, die also durch einfaches Gesetz eingeschränkt werden könnte (Bl.3R/4).
Von dieser Streikfreiheit werden wie bisher die Beamten ausgeschlossen.

---

(6) Nipperdey, SJZ 1949, Sp.814.

Dagegen sieht das Bundesarbeitsgericht - im Anschluß an Bulla[7] - im Streik grundsätzlich keinen Arbeitsvertragsbruch. Vielmehr stellt es die Forderung auf, daß der Arbeitskampf als einheitliches Geschehen beurteilt werden müsse. Da hier kollektivrechtliche und individualrechtliche Merkmale zusammenträfen und eine Synthese nicht möglich sei, müsse die rechtliche Beurteilung dem kollektivrechtlichen Wesen gerecht werden als der beherrschenden Eigenschaft des Arbeitskampfes; denn die rechtliche Bewertung müsse dieser Wirklichkeit des Streiks entsprechen. Sie folge aus dem Wesen des Streiks und des Arbeitskampfes. Der Streik solle durch diese Betrachtungsweise den Makel der Vertragswidrigkeit verlieren (Bl.6/7).

Andererseits beurteilt das Bundesarbeitsgericht den Arbeitskampf, insbesondere den Streik ausdrücklich als im allgemeinen unerwünscht, da er volkswirtschaftliche Schäden mit sich bringe und den im Interesse der Gesamtheit liegenden sozialen Frieden beeinträchtige. Es sieht eine staatspolitische Notwendigkeit darin, Arbeitskämpfe nicht zu erleichtern,und erkennt sie nur als ultima ratio an (Bl.4R, 9R).
Daher führt es in seine Arbeitskampfkonzeption den neuen Begriff der Sozialadäquanz ein, der der Strafrechtslehre Welzels entlehnt ist und zum Unterscheidungskriterium zwischen rechtlich erlaubten und unzulässigen Streiks dienen soll. Als sozialadäquat bezeichnet es zum Beispiel einen Streik, der sich unverhältnismäßiger Mittel bedient oder ein unverhältnismäßiges Ziel verfolgt. Im Rahmen der Sozialadäquanz erkenne die Rechtsordnung Arbeitskämpfe an, wie sich auch aus § 49 Abs.2 Satz 3 BetrVG ergebe (Bl.4R, 5, 7R). In diesem Rahmen gelte die Freiheit der Wahl der Kampfmittel, der Grundsatz der Waffengleichheit und Kampfparität

---

(7) Bulla in Festschrift für H.C.Nipperdey, 1955, S.163 ff.

Diese Grundsätze zählt das Bundesarbeitsgericht als Ausprägungen des freien Spiels der wirtschaftlichen Kräfte zu den wirtschafts- und sozialverfassungsrechtlichen Grundprinzipien, die es aus den Grundsätzen des freiheitlichen sozialen Rechtsstaates sowie aus der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art.2 Abs.1 GG herleitet (Bl.8R).

Hiermit im Zusammenhang stand die Neuregelung der Aussperrung. Das gegebene Abwehrmittel des Arbeitgebers gegen den Kollektivakt des Streiks sei der Kollektivakt der Aussperrung durch Lösung aller Arbeitsverhältnisse. Allein die lösende Aussperrung sei vereinbar mit den Grundsätzen der Kampfparität und Waffengleichheit, der Arbeitgeber könne die Aussperrung aber auch auf die Suspendierung beschränken (Bl.9/9R). Auch hier gilt also allein die kollektive Beurteilung, so daß die Aussperrung an die Stelle der bisher üblichen Kündigung tritt.
Aus den Grundsätzen der Kampfparität und des Kampfrisikos wird weiter gefolgert, daß nach Ende des Arbeitskampfes keine allgemeine Wiedereinstellungspflicht besteht. Für sie fehle insbesondere eine gesetzliche Vorschrift, ein Gewohnheitsrecht habe sich dazu nicht gebildet. Der Arbeitgeber brauche die Wiedereinstellung auch nicht gleichmäßig vorzunehmen, da es für die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes an einem rechtliche Bande fehle. Die Entscheidung stehe vielmehr im unternehmerischen Ermessen und werde lediglich durch das Mißbrauchsverbot begrenzt (Bl.11/12R).

§ 4

3) Weiterentwicklung der Rechtsprechung

Die Weiterentwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampfrecht ist durch drei zum

Teil gegenläufige Tendenzen gekennzeichnet. Im Vordergrund steht die Bestätigung der Entscheidung des Großen Senats durch die nachf-olgende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, insbesondere des zuständigen 1.Senats. Dabei finden sich unterschiedliche Bezeichnungen für die vom Großen Senat aufgestellten Sätze. Der Große Senat selbst bezeichnet sie als Rechtsgrundsätze, wobei er sich aber nur auf die Entscheidungsformel bezieht (Bl.2)(8). An anderer Stelle spricht das Bundesarbeitsgericht (1.Senat) von seiner auf den Beschluß des Großen Senats gestützten Rechtsauffassung(9).
In einem Rechtsstreit, während dessen Berufungsverfahren die Entscheidung des Großen Senats noch nicht verkündet war, hatte die Revision unter Berufung auf die vom Großen Senat aufgestellten Grundsätze Erfolg, deren unmittelbare und sofortige Geltung für den zu entscheidenden Rechtsstreit das Bundesarbeitsgericht bejahte(10). Es machte dabei keinen Unterschied zwischen Entscheidungsformel, Leitsätzen und Entscheidungsgründen.

In sachlicher Hinsicht findet sich fast in jeder Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, die zum Arbeitskampfrecht ergangen ist, ein Bezug auf die Große-

---

(8) Die Entscheidungsformel stimmt mit den der Entscheidung beigegebenen Leitsätzen nicht überein. Sie bezieht sich unmittelbar nur auf die Aussperrung mit lösender Wirkung und das unternehmerische Ermessen bei der Wiedereinstellung (der Entscheidung lag die Klage eines wegen des Streiks fristlos entlassenen und nicht wiedereingestellten Betriebsratsmitglieds zugrunde). Auch die 7 Leitsätze nehmen nicht zu allen Rechtsfragen Stellung, z.B. nicht zur Sozialadäquanz. Hierzu im einzelnen Ramm, JZ 1964, S.499 ff.

(9) AP Nr.11 zu Art.9 GG Arbeitskampf. In anderen Fällen ist die Rede von den durch das Bundesarbeitsgericht aufgestellten Grundsätzen: AP Nr.3 aaO.; ohne Bezug auf die Große-Senats-Entscheidung: AP Nr.24 aaO., AP Nr.2 zu § 19 BetrVG.

(10) AP Nr.3 aaO.

Senats-Entscheidung bzw. auf einzelne vom Großen Senat ausgesprochene Sätze, durch den deren Richtigkeit vorausgesetzt und bestätigt wird[11]. Das gilt gerade auch in den Fällen, in denen das Bundesarbeitsgericht in einzelnen Punkten abweicht.

Da der Entscheidung des Großen Senats letztlich nur ein Einzelfall zugrunde lag, konnte es nicht ausbleiben, daß diese Entscheidung vom Bundesarbeitsgericht in der Folgezeit weiterentwickelt worden ist. Der Schwerpunkt liegt bei der Bestimmung des Rechtswidrigkeitsbegriffs, der in engem Zusammenhang mit der vom Großen Senat eingeführten Sozialadäquanz steht,und der Folgen im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 823 Abs.1 BGB. An die Stelle der Rechtswidrigkeit des Streiks wegen Vertragsbruchs, Tarifwidrigkeit etc. mit jeweils nur begrenzten Rechtsfolgen ist ein umfassender Rechtswidrigkeitsbegriff getreten. Der rechtswidrige Streik ist jeweils auch sozialinadäquat.
Der inhaltlich weitgehend unbestimmte und auch vom Bundesarbeitsgericht kaum konkretisierte Begriff der Sozialadäquanz[12] dient dazu, die Einheit der Rechtswidrigkeit herzustellen. Das wirkt sich insbesondere für die Anwendbarkeit des § 823 Abs.1 BGB aus. Wie schon in der Entscheidung des Großen Senats angedeutet, stellt der Streik einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar, der nunmehr als sonstiges

---

(11) So z.B. zum kollektivrechtlichen Wesen des Arbeitskampfes, der die Bewertung als Arbeitsvertragsbruch nicht zuläßt: AP Nr.4 und 10 aaO.; Nr.12 zu § 611 BGB Urlaubsrecht; Nr.2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko;
zu den Grundsätzen Kampfparität, Freiheit der Wahl der Kampfmittel, Waffengleichheit: AP Nr.10 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Nr.2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko;
zu der Ansicht des Großen Senats, aus Art.9 Abs.3 GG folge keine Streikrechtsgarantie, sondern nur eine Streikfreiheit: AP Nr.32 zu Art.9 GG Arbeitskampf; Nr.2 zu § 1 TVG Friedenspflicht;
zum ultima-ratio-Prinzip: AP Nr.34 zu Art.9 GG Arbeitskampf; Nr.13 zu § 2 TVG.

(12) Siehe dazu Entsch. des GS: Bl.7R.

absolutes Recht des § 823 Abs.1 BGB anerkannt wird[13]. Um zum Beispiel einen tarifwidrigen Streik auch als rechtswidrig im Sinne des § 823 Abs.1 BGB bewerten zu können, bedarf es der Sozialinadäquanz: ein tarifwidriger Streik ist sozialinadäquat. Der sozialinadäquate Streik greift rechtswidrig in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein und verpflichtet bei Verschulden zum Schadensersatz[14]. Diese Haftung ist eine gesamtschuldnerische der Streikteilnehmer, d.h. der Gewerkschaft und der streikenden Arbeitnehmer[15]. Im Zusammenhang hiermit steht die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum wilden Streik.
Ausgehend von der Entscheidung des Großen Senats und der darin vorgenommenen Herleitung der Streikfreiheit aus der Koalitionsfreiheit des Art.9 Abs.3 GG kommt das Bundesarbeitsgericht zu dem Ergebnis, daß nur der gewerkschaftliche Streik von der Rechtsordnung zugelassen, der wilde Streik daher von vornherein rechtswidrig sei, ohne daß es auf das Vorliegen eines gesetzlichen Verbotes noch ankäme. Wegen dieser von Anfang an feststehenden Rechtswidrigkeit komme es hier auch nicht auf die Sozialinadäquanz an[16].
Unabhängig von den vom Bundesarbeitsgericht entwickelten einheitlichen Rechtswidrigkeitsbegriff soll ein rechtmäßiger Streik dagegen durch einzelne rechtswidrige

---

(13) AP Nr.2, 34 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

(14) So: AP Nr.2, 3 aaO.; Nr.3 zu § 1 TVG Friedenspflicht; noch offengelassen in AP Nr.1 und 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht; Nr.12 zu § 611 BGB Urlaubsrecht; siehe hierzu weiter Ramm, JZ 1961, S.275.

(15) AP Nr.32, 33 zu Art.9 GG Arbeitskampf; Nr.3 zu § 1 TVG Friedenspflicht; ArbGer Wuppertal in AP Nr.20 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

(16) AP Nr.32, 33, 41 aaO. Dieses Ergebnis ist bereits angedeutet in AP Nr.2 und 3 zu § 1 TVG Friedenspflicht, in denen allerdings nur von dem gewerkschaftlichen legitimen Streik die Rede ist.

Streikhandlungen nicht insgesamt rechtswidrig werden[17].

Zum Komplex der Aussperrung, zu dem die Entscheidung des Großen Senats eigentlich ergangen ist, hat sich das ursprüngliche Konzept dagegen nicht als durchgehend brauchbar erwiesen. Zwar ist auch dieser Teil der Entscheidung noch mehrfach ohne Einschränkung bestätigt worden[18]. Jedoch ist die Entscheidungsformel von der Aussperrung als einem Lösungstatbestand eigener Art und dem nur durch das Mißbrauchsverbot eingeschränkten unternehmerischen Ermessen bei der Wiedereinstellung zu weit. Im Grunde enthält die Entscheidung des Großen Senats bereits zwei Einschränkungen. Aus § 19 Abs.5 SchwBeschG, den der Große Senat entgegen seinem Wortlaut ("Kündigung") ausdrücklich als für die Aussperrung anwendbar erklärt, ergibt sich gegenüber Schwerbeschädigten eine Wiedereinstellungspflicht (Bl.11). Außerdem räumt der Große Senat ein, daß der Arbeitgeber von sich aus die grundsätzlich lösende Aussperrung auf eine Suspendierung der Arbeitsverträge beschränken kann.
In der Folgezeit schränkt das Bundesarbeitsgericht die Entscheidung des Großen Senats in drei Fällen ein:

(1) Der Arbeitgeber darf zwar auch werdende Mütter, die unter das Mutterschutzgesetz fallen, mit lösender Wirkung aussperren. Das unternehmerische Ermessen bei der Wiedereinstellung wird jedoch dahin begrenzt, daß den Arbeitgeber "im Regelfall eine besondere sittliche und rechtliche Pflicht, werdende Mütter und Wöchnerinnen wiedereinzustellen", treffe[19]. Auch diese Entscheidung wird noch weiter verengt zu dem Leitsatz: "Nach Beendigung des Arbeitskampfes ist der Arbeitgeber

---

(17) AP Nr.5 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

(18) AP Nr.6, 10 aaO.; Nr.4 zu § 56 BetrVG; Nr.31 zu § 1 ArbKrankhG.

(19) AP Nr.11 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

verpflichtet, die ausgesperrten Frauen, die im Zeitpunkt der Aussperrung unter Mutterschutz standen, wieder einzustellen."[20].

(2) Der Arbeitgeber muß bei der Aussperrung erkennbar gewillt sein, mit den Ausgesperrten nach dem Ende des Arbeitskampfes über ihre Wiederbeschäftigung zu verhandeln. Sonst ist die Aussperrung von vornherein unwirksam[21].

(3) Auch durch die lösende Aussperrung wird das arbeitsvertragliche Band nicht völlig vernichtet, so daß ein Urlaubsabgeltungsanspruch (gemäß Art.7 Abs.3 Bayr. UrlG) nicht beseitigt wird[22].

Trotz dieser Einschränkungen und Abänderungen hatte das Bundesarbeitsgericht bis dahin an der Großen-Senats-Entscheidung - jedenfalls nach außen hin - festgehalten. Es hatte entweder ausdrücklich die Vereinbarkeit mit dieser Entscheidung betont[23] oder diese Frage dahingestellt sein lassen[24]. Erst in einem weiteren Fall, in dem eine solche Möglichkeit nicht mehr bestand, wollte der 1.Senat zur Suspendierungstheorie übergehen und hat die Frage daher erneut dem Großen Senat vorgelegt[25].

---

(20) AP Nr.24 aaO.

(21) AP Nr.31 aaO.

(22) AP Nr.36 aaO.

(23) AP Nr.11, 24 aaO.

(24) AP Nr.31, 36 aaO. Mayer-Maly bezeichnet die Wirkung der Aussperrung dagegen aufgrund dieser Einschränkungen "eher als qualifizierte Suspendierung denn als echte Lösung" (in den Anm. zu AP Nr.31 und 36 aaO.); Rüthers spricht von einer Restlösungstheorie (DB 1969, S.969).

(25) AP Nr.39 aaO. Es handelt sich hier um einen der langwierigsten und schwierigsten Arbeitsgerichtsprozesse überhaupt, dessen Prozeßgeschichte eher abschreckend wirken dürfte und der für die Betroffenen, die "Croupiers von Neuenahr", sicher keine praktische Bedeutung mehr haben wird, zumal da er bis heute nicht beendet ist. Der Streik, aufgrund dessen die Kläger ausgesperrt wurden, fand im Dezember 1966/Januar 1967 statt. Nach der Vorlage

Die Entscheidung des Großen Senats vom 21.4.1971 hat einige Veränderungen ergeben. Zunächst hat er die Frage nach der lösenden oder suspendierenden Aussperrung nicht mit einem einfachen Ja oder Nein beantwortet. Das gesamte Arbeitskampfrecht wird unter den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gestellt (Bl.6R). Dieses Prinzip wird als das umfassendere gegenüber dem der Sozialadäquanz erkannt. Es enthalte sowohl die Forderung, daß der Arbeitskampf ultima ratio sein müsse, als auch, daß die Durchführung im Verhältnis zum erstrebten Ziel stehen müsse und daß beide Seiten nach Abschluß des Arbeitskampfes auf einen Arbeitsfrieden hinwirken müssen (Bl.6R/7). Im Rahmen dieses Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sei die Aussperrung aus dem Gebot der Chancengleichheit heraus zulässig, und zwar auch arbeitswilligen Arbeitnehmern gegenüber, gleichgültig ob organisiert oder nicht organisiert, um Schwerpunktstreiks begegnen zu können, selbst wenn nach der Lehre vom Betriebsrisiko eine Lohnzahlungspflicht nicht besteht (Bl.7R/8R). Die Aussperrung müsse jedoch grundsätzlich suspendierende Wirkung haben. Demgegenüber räumt das Bundesarbeitsgericht dem Arbeitnehmer neben dem Kündigungsrecht als Kollektivmaßnahme das Recht ein, durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung "abzukehren", d.h. das Arbeitsverhältnis endgültig zu lösen (Bl.9). "Unter bestimmten Voraussetzungen" sei eine

---

an den Großen Senat legte dieser die Rechtsfrage, ob der Große Senat auch mündlich verhandeln dürfe, dem Gemeinsamen Senat vor (AP Nr.1 zu § 45 ArbGG 1953). Nachdem die zugrunde liegende Kontroverse mit dem Bundesgerichtshof durch einen Beschluß des Bundesgerichtshofs beigelegt war (AP Nr.2 zu § 45 ArbGG 1953), stellte der Gemeinsame Senat sein Verfahren ein (AP Nr.3 zu § 45 ArbGG 1953). Nach dem Beschluß des Großen Senats vom 21.4.1971 (AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf) entschied nun auch der 1.Senat seinerseits (Urteil vom 26.10.1971 in BB 1971, S.1366). Er hat den Rechtsstreit zur weiteren Aufklärung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen, das bisher noch nicht entschieden hat.

Aussperrung auch mit lösender Wirkung zulässig, nicht jedoch gegenüber dem gesetzlich geschützten Personenkreis, wie zum Beispiel werdenden Müttern, Schwerbeschädigten und Betriebsratsmitgliedern (Bl.9R/10). Auch nach einer lösenden Aussperrung steht die Wiedereinstellung nicht im freien Ermessen des Arbeitgebers, wie der Große Senat noch 1955 gemeint hatte, sondern im billigen, gerichtlich nachprüfbaren Ermessen (Bl.12).

Mit dieser Entscheidung des Großen Senats wird die Darstellung der Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht abgeschlossen. Die wesentlichen Schwerpunkte dieser Rechtsprechung sind deutlich geworden und bilden einen Grundpfeiler der weiteren Untersuchungen dieser Arbeit.

Sowohl der sachliche Zusammenhang wie auch noch aufzuzeigende methodische und rechtspolitische Übereinstimmungen führen dazu, die Lehre zum Betriebsrisiko als nächsten Rechtsprechungskomplex anzuschließen.

II. Kapitel: Rechtsprechung zur Lehre vom Betriebsrisiko

§ 5

1) Ältere Rechtsprechung

Die Lehre vom Betriebsrisiko hängt mit dem Komplex des Arbeitskampfrechts insofern zusammen, als sich viele Hauptprobleme in Streikfällen ergeben haben. Im Unterschied zur Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht hat das Bundesarbeitsgericht hier auf die Entscheidungen des Reichsgerichts und des Reichsarbeitsgerichts zurückgegriffen und diese lediglich weiterentwickelt. Es geht um die Frage, wer endgültig den Lohnausfall zu tragen hat, wenn der Arbeitgeber zum Beispiel wegen eines Teilstreiks bzw. eines Streiks in einem Zuliefererbetrieb arbeitswillige Arbeitnehmer nicht beschäftigen kann.

Das Reichsgericht hatte in einer grundsätzlichen Entscheidung vom 6.2.1923 die Anwendbarkeit der an sich einschlägigen §§ 323 oder 615 BGB mit der Begründung abgelehnt, das BGB könne von seinem individualistischen Standpunkt aus die Probleme, die sich aus der inzwischen entstandenen sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft in den größeren Industriebetrieben ergeben hätten, nicht mehr lösen[26]. Wenn der Arbeitgeber als Folge eines Teilstreiks seine Arbeitnehmer, auch soweit sie arbeiten wollen, nicht beschäftigen konnte, dann wendete das Reichsgericht das BGB überhaupt nicht an, sondern entschied danach, in wessen Gefahrenkreis die Betriebsstillegung fiel[27]. Aus der Verbundenheit der Arbeitnehmer untereinander wird gefolgert, daß sie die Gefahr solcher Ereignisse, die auf dem Verhalten der Arbeitnehmerschaft beruhen, selbst zu tragen haben, auch

---

(26) RGZ 106, 272.

(27) Ebenso: RAG vom 20.6.1928 in ARS 3, 116.

soweit sie unbeteiligt waren. Das Unternehmen würde als Arbeitsgemeinschaft verstanden, in der Unternehmer und Belegschaft gemeinschaftlich zusammenwirkten. Daher hätte der Unternehmer zwar grundsätzlich das sogenannte Betriebsrisiko zu tragen, nicht jedoch in den Fällen, in denen der Lohnausfall aus der Sphäre der Arbeitnehmerschaft allgemein herrühre[28]. Dieses Ergebnis begründete das Reichsgericht ausdrücklich damit, daß sonst "unmögliche Zustände" eintreten würden, wenn ein kleiner unentbehrlicher Teil der Arbeiterschaft streiken würde, der Unternehmer aber den übrigen Arbeitern den Lohn weiterzahlen müßte[29].
Nachdem das Reichsgericht zunächst die Anwendbarkeit des BGB verneint hatte, unterstellt es doch wieder das gewonnene Ergebnis dem § 323 BGB als Fall der nicht vom Arbeitgeber zu vertretenden Unmöglichkeit[29].

§ 6

2) Betriebsrisikolehre des Bundesarbeitsgerichts

Diese sogenannte Sphärentheorie übernahm das Bundesarbeitsgericht und bautesie weiter aus. Es grenzt das Betriebsrisiko vom sogenannten Wirtschaftsrisiko - wie zum Beispiel Fehlplanungen und Auftragsmängel - ab als dem typischen Bereich des unternehmerischen Risikos, das dieser allein zu tragen habe[30]. Nur soweit über den eigentlichen Bereich des Betriebsrisikos keine vertraglichen, tariflichen oder betrieblichen Vereinbarungen getroffen worden sind, bedarf es einer Regelung[31].

---

(28) Siehe auch RAG ARS 9, 537 mit weiteren Rechtsprechungs-Nachweisen.

(29) RGZ 106, S.276.

(30) AP Nr.80 zu § 1 TVG Auslegung; Nr.13 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Nr.2 zu § 615 BGB Kurzarbeit.

(31) AP Nr.5, 14, 16 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Nr.1 zu § 611 BGB Film; Nr.9 zu § 611 BGB Lohnanspruch; Nr.14 zu § 56 BetrVG.

Das Bundesarbeitsgericht bezeichnet die von ihm aufgestellten Grundsätze ausdrücklich als nicht zwingendes Recht, das daher abdingbar sei[32].
Schließlich setzt die Regelung des Betriebsrisikos voraus, daß weder den Arbeitgeber noch die Arbeitnehmer ein Verschulden am Lohnausfall trifft[33].

Ebenso wie das Reichsgericht lehnt das Bundesarbeitsgericht die Anwendung des BGB ab. Für die Regelung des Betriebsrisikos bestehe eine Lücke im Gesetz. Die Lösung ergebe sich aus der bisherigen Rechtsprechung und den Prinzipien unserer Wirtschaftsverfassung[34]. An anderer Stelle will das Bundesarbeitsgericht dann aber in einem Fall, in dem der Arbeitgeber im Ergebnis das Lohnrisiko zu tragen hatte, § 615 BGB analog anwenden[35]. Jedenfalls hat danach der Arbeitgeber grundsätzlich das Betriebsrisiko selbst zu tragen. Er stellt die Arbeitsmittel zur Verfügung und muß für das Funktionieren des Betriebes einstehen, den er leitet und dessen Erträge er bezieht[36].
Nur dann trägt er das Betriebsrisiko nicht, wenn die Unmöglichkeit auf Arbeitnehmer zurückzuführen ist. Entscheidend stellt das Bundesarbeitsgericht auf die Solidarität der Arbeitnehmer untereinander ab. Es handele sich hierbei nicht nur um ein soziologisches Phänomen, sondern um ein in bestimmten Grenzen zu verwertendes Rechtsprinzip[37].
Dabei kommt es dem Bundesarbeitsgericht weniger darauf an, daß eine solche Solidarität tatsächlich vorliegt,

---

(32) AP Nr.5, 16 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

(33) AP Nr.2, 3, 14 aaO.; Nr.2 zu § 324 BGB.

(34) AP Nr.2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (5.Sen.).

(35) AP Nr.14 aaO. (1.Sen.).

(36) AP Nr.2, 3, 5, 14, 15 aaO.; Nr.1 zu § 611 BGB Film; Nr.2 zu § 615 BGB Kurzarbeit; Nr.54 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

(37) AP Nr.2, 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

daß die Arbeitswilligen also in irgendeiner Form sympathisieren, weil sich hierbei Beweisschwierigkeiten ergeben würden(38). Entscheidend ist ganz allgemein die Zugehörigkeit zur Gruppe der Arbeitnehmer, aus deren Bereich die Störung kommt und auf die der Arbeitgeber daher keinen Einfluß hat(39). Dahinter steht, wie schon beim Reichsgericht die Überlegung, daß "billige Streiks" nicht zugelassen werden dürften, obwohl der Arbeitgeber nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts jederzeit die Möglichkeit hätte, die arbeitswilligen Arbeitnehmer auszusperren(40).

Die wichtigsten Fälle, in denen der Arbeitgeber von der Lohnzahlungspflicht befreit wird, haben sich beim Streik ergeben:

(1) Wird durch einen Teilstreik ein Betrieb lahmgelegt, so daß der Arbeitgeber die arbeitswilligen Arbeitnehmer nicht mehr beschäftigen kann, so besteht für diese kein Lohnzahlungsanspruch(41).

(2) Das gilt auch dann, wenn ausschließlich Arbeiter streiken und für die arbeitsbereiten Angestellten keine Arbeitsmöglichkeit besteht(42).

(3) Es kommt auch nicht darauf an, ob die arbeitswilligen Arbeitnehmer derselben Gewerkschaft wie die Streikenden angehören, ob sie woanders oder überhaupt nicht organisiert sind(43).

(4) Auch wenn es sich um einen wilden Teilstreik handelt, können die arbeitswilligen Arbeitnehmer keinen Lohn beanspruchen(44).

---

(38) AP Nr.2 aaO.
(39) AP Nr.3 aaO (Bl.3/3R)
(40) AP Nr.2 aaO. (Bl.2R); Nr.3 aaO (Bl.3R).
(41) AP Nr.2, 4 aaO.
(42) AP Nr.4 aaO.
(43) AP Nr.2 aaO.
(44) AP Nr.3 aaO.

(3) Wird ein Zulieferer- oder Versorgungsbetrieb bestreikt, durch dessen Ausfall auch ein anderer, nichtbestreikter Betrieb lahmgelegt wird, haben die Arbeitnehmer des nichtbestreikten Betriebes - gleichgültig welcher Gewerkschaft sie angehören - keinen Lohnanspruch[45].

Neben diesen wichtigsten streikbedingten Fällen beschäftigt die Rechtsprechung auch die Frage, ob im Falle der Existenzgefährdung des Unternehmers ausnahmsweise der Lohn gekürzt werden kann, obwohl das Betriebs- und damit Lohnrisiko grundsätzlich beim Arbeitgeber liegt[45a].

Im Gegensatz zu den beiden bisher dargestellten Rechtsprechungskomplexen besteht zu der im folgenden untersuchten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Gratifikationsrecht kein sachlicher Zusammenhang. Die Berechtigung, diesen Komplex für die vorzunehmende Untersuchung heranzuziehen, folgt vielmehr aus der Notwendigkeit, die Rechtsprechungsbeispiele auf das Individualarbeitsrecht auszudehnen. Hierfür bietet sich das Gratifikationsrecht an wegen der zahlreichen Äußerungen, die das Bundesarbeitsgericht hier selbst zu den angesprochenen Fragen macht.

---

(45) AP Nr.2 aaO.; ebenso LAG Kiel in AP Nr.3 aaO.
(45a) AP Nr.15 aaO.

III. Kapitel: Rechtsprechung zum Gratifikationsrecht

§ 7

1) Rechtsnatur und Rechtsgrund

Die wichtigsten Grundsätze zum Komplex des Gratifikationsrechts hat das Bundesarbeitsgericht an Fällen der Weihnachtsgratifikation entwickelt, in denen der Arbeitgeber aus Anlaß des Weihnachtsfestes Gratifikationen unterschiedlicher Höhe an seine Arbeitnehmer zahlt. Das Bundesarbeitsgericht beurteilt diese grundsätzlich freiwilligen Zahlungen nicht als Schenkung mit den damit verbundenen Rechtsfolgen, sondern als zusätzliches Entgelt und als Anerkennung für geleistete Dienste oder als Unterstützung für die erhöhte Belastung während des Festes,die Entgeltcharakter hat. Daß der Arbeitgeber gleichzeitig damit einen Anreiz zum künftigen Verbleib im Betrieb schaffen kann, gesteht das Bundesarbeitsgericht ihm im Rahmen der Vertragsfreiheit zu(46).
Den Rechtsgrund für die Gratifikationszahlung entnimmt das Bundesarbeitsgericht nicht der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, sondern es verlangt jeweils einen besonderen Verpflichtungsgrund(47). Soweit darüber nicht ein Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung oder eine ausdrückliche einzelvertragliche Vereinbarung besteht, leitet das Bundesarbeitsgericht - im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts und Reichsarbeitsgerichts - auch aus einer mehrfachen, mindestens dreimaligen vorbehaltlosen Zahlung eine stillschweigende Vereinbarung her. Der Arbeitgeber tut dadurch schlüssig seinen Willen kund, für die Zukunft die Verpflichtung zu begründen, weiter so zu verfahren. Mit der Annahme seitens des einzelnen Arbeitnehmers ebenfalls durch schlüssiges Verhalten wird die Gratifikation zu einem festen

---

(46) AP Nr.1 zu § 611 BGB Gratifikation
(47) AP Nr.1, 2 aaO.

zusätzlichen vertraglich vereinbarten Vergütungsäquivalent(48).

Die anspruchsbegründende Wirkung folgt ebenso aus der verbindlichen Ankündigung, für dieses Jahr eine Gratifikation zu zahlen, selbst wenn sich der Arbeitgeber für die Zukunft die Freiwilligkeit der Leistung vorbehält. Der Anspruch beschränkt sich dann auf die angekündigte Gratifikation(49).

Grundsätzlich läßt dagegen ein Vorbehalt der Freiwilligkeit keinen Anspruch entstehen, da niemand aus dem Verhalten des Arbeitgebers einen Verpflichtungswillen für die Zukunft herleiten kann(50).

Auch bei Vorliegen eines Rechtsanspruchs können besondere Umstände die Reduzierung oder zeitweise oder endgültige Beseitigung des Anspruchs erforderlich und möglich machen, zum Beispiel wenn in einer besonderen Notlage des Betriebes nur dadurch Arbeitsplätze erhalten werden können. Insoweit steht der Anspruch unter dem allgemeinen Gebot der gegenseitigen Treuepflicht(51). Weiterhin kann der Arbeitgeber bei Regelungen über die Gewährung von Weihnachtsgratifikationen im Rahmen der allgemeinen Rechtsgrundsätze, insbesondere des Gleichbehandlungsgrundsatzes nähere Inhalts- und Zweckbestimmungen treffen, etwa Arbeitnehmer in gekündigter Stellung auszunehmen(52) oder die Zahlung bzw. Höhe der Gratifikation nach der tatsächlichen Anwesenheit und Betriebszugehörigkeit differenzieren(53).

Wegen der gleichliegenden rechtlichen Problematik behandelt

---

(48) AP Nr.2, 3, 5, 6, 26 aaO.; Nr.9 zu § 611 BGB Dienstordnungs-Angestellte; Nr.7 zu § 322 ZPO.

(49) AP Nr.21, 34 zu § 611 BGB Gratifikation; Nr.69 zu Art.3 GG.

(50) AP Nr.4, 7, 21, 34 zu § 611 BGB Gratifikation; Nr.69 zu Art.3 GG.

(51) AP Nr.5, 26, 51 zu § 611 BGB Gratifikation; Nr.7 zu § 322 ZPO.

(52) AP Nr.1, 4, 11, 16, 34, 52 zu § 611 BGB Gratifikation.

(53) AP Nr.7, 8, 20, 35, 58 zu § 611 BGB Gratifikation; Nr.24 zu § 1 HAG NRW; Nr.16 zu § 2 ArbKrankG; anders: Nr.22 zu § 615 BGB.

das Bundesarbeitsgericht Gratifikationen gleich, aus welchem Grunde sie auch jeweils gezahlt werden[54].

§ 8

2) Rückzahlungsklausel

Je stärker sich im Arbeitsleben die Zahlung von Gratifikationen durchgesetzt hat, desto mehr gewinnt das Interesse Raum, mit der Zahlung eine Bindungswirkung an den Betrieb für die Zukunft zu erzielen. Zu diesem Zweck werden Rückzahlungsklauseln vereinbart, die den Arbeitnehmer zur Rückzahlung verpflichten, wenn er nicht bis zu einem bestimmten künftigen Zeitpunkt - unter Umständen in ungekündigter Stellung - im Betrieb bleibt.
Nachdem das Bundesarbeitsgericht anfangs generelle Bedenken gegen die Zulässigkeit solcher Klauseln geäußert hatte[55], hat es sie später im Rahmen der Vertragsfreiheit anerkannt[56], jedoch nur in bestimmten Grenzen. Diese Grenzen leitet es her aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers[57], aus Art.12 GG, der auch die Freiheit der Wahl des Arbeitsplatzes unmittelbar schützt und daher zu einem gesetzlichen Verbot im Sinne des § 134 BGB werden kann[58], aus § 138 BGB[59], aus dem Verbot unzu-

---

(54) Treue- und Abschlußprämie: AP Nr.24, 25, 27, 28, 61 zu § 611 BGB Gratifikation;
Vorschuß auf Gratifikation: AP Nr.28, 61 aaO.;
Urlaubsgratifikation: AP Nr.61, 63 aaO.; Nr.1 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation;
Jahresabschlußgratifikation: AP Nr.16, 20, 34, 52, 64 zu § 611 BGB Gratifikation; Nr.7 zu § 322 ZPO.
allgemeine Prämien-/Gratifikationsregelung: AP Nr.35 zu § 611 BGB Gratifikation; Nr.69 zu Art.3 GG; Nr.24 zu § 1 HAG NRW;
ähnlich: Ausbildungsbeihilfen: AP Nr.25, 26, 29 zu Art.12 GG.

(55) AP Nr.1 zu § 611 BGB Gratifikation.

(56) AP Nr.15, 20 aaO.

(57) AP Nr.20, 22, 23, 36 aaO.

(58) AP Nr.25, 26, 29 zu Art.12 GG; Nr.54 zu § 611 BGB Gratifikation.

(59) AP Nr.20, 22, 23, 36 aaO.; Nr.29 zu Art.12 GG.

lässiger Kündigungsbeschränkungen, wie es in den §§ 67 HGB, 122 GewO (jetzt: § 622 BGB) zum Ausdruck kommt (Verbot ungleicher Kündigungsfristen)[60], sowie aus dem Verbot objektiver Gesetzesumgehung[61] [62]. Außerdem zieht es den allgemeinen Grundsatz der Unzumutbarkeit heran, den es in unmittelbaren Zusammenhang mit der Höhe der Gratifikation im Verhältnis zur Dauer der Bindungswirkung bringt[63]. In einem Fall, in dem eine Gratifikation unter 100,- DM mit einer Rückzahlungsklausel verbunden war, hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, daß hier eine solche Klausel wegen der geringen Höhe der Gratifikation überhaupt unzumutbar und damit unzulässig sei[64]. Es hat hierbei über den Fall hinaus die Grenzen zulässiger Klauseln konkretisiert und genaue Regeln aufgestellt, die für den Regelfall gelten sollen:

(1) Die Gratifikation beträgt einen Monatsbezug: Hat der Arbeitnehmer bis zum 31.März des folgenden Jahres eine Kündigungsmöglichkeit, so ist es ihm zumutbar, diese Kündigungsmöglichkeit auszulassen. Hat er mehrere Kündigungsmöglichkeiten, so muß er, um die Gratifikation zu behalten, den nächstzulässigen Kündigungstermin nach dem 31. März abwarten.

(2) Die Gratifikation übersteigt 100.- DM, bleibt aber unter einem Monatsbezug: Der Arbeitnehmer muß eine Rückzahlungsklausel bis zum 31.März einhalten. Er kann also schon vorher kündigen und mit dem 31.März ausscheiden[65].

Später hat das Bundesarbeitsgericht noch den Fall zu entscheiden gehabt, daß die Gratifikation zwei Monatsbezüge

---

(60) AP Nr.15, 20, 22, 23, 36, 54 zu § 611 BGB Gratifikation.

(61) AP Nr.22, 23, 36 aaO.

(62) AP Nr.28 aaO. spricht bereits von einem Verbot unzulässig langer Rückzahlungsklauseln und einer Gesetzesumgehung im Sinne dieses Verbots.

(63) AP Nr.22-24 aaO.; Nr.29 zu Art.12 GG.

(64) AP Nr.22 zu § 611 BGB Gratifikation (LS 3d).

(65) aaO.: LS 3a-c.

beträgt: Hier hält es eine Bindung bis 30.September bei gestaffelter Rückzahlungsverpflichtung für zulässig[66].

Die Anerkennung eines Sockelbetrages von 100.- DM, den der ausscheidende Arbeitnehmer bei sonst zulässiger Rückzahlungsklausel in jedem Fall behalten kann, hat das Bundesarbeitsgericht abgelehnt[67].
Die Beachtung dieser Regeln verlangt das Bundesarbeitsgericht nur von den Parteien eines Einzelvertrages oder einer Betriebsvereinbarung[68], nicht eines Tarifvertrages; die Tarifpartner brauchen nur die Grenzen des Gesetzes, also insbesondere § 134 BGB in Verbindung mit Art.12 GG zu beachten[69].

In den Fällen, in denen eine mit den vom Bundesarbeitsgericht aufgestellten Regeln nicht übereinstimmende Rückzahlungsklausel vereinbart worden ist, taucht die Schwierigkeit auf, dem Arbeitnehmer die Gratifikation zu erhalten, wenn er die zumutbare Zeit im Betrieb geblieben ist. Das Bundesarbeitsgericht hat hierbei verschiedene Lösungswege beschritten. Entgegen dem Regelfall in § 139 BGB hat es die Vermutung ausgesprochen, daß der Arbeitgeber bei Kenntnis der Nichtigkeit die Gratifikation auch ohne bzw. mit der zulässigen Rückzahlungsklausel gezahlt hätte[70]. Nur in einigen Fällen bestand hierzu Anlaß, weil der Arbeitgeber in den Vorjahren die Gratifikation auch ohne eine solche Klausel gewährt hatte[71]. Für das Gegenteil trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast[72].

---

(66) AP Nr.69 zu § 611 BGB Gratifikation.

(67) AP Nr.36 aaO.; a.A. LAG Bremen AP Nr.60 aaO.

(68) AP Nr.63, 66, 68 aaO.

(69) AP Nr.54, 57, 68 aaO.

(70) AP Nr.22-25 aaO.; Nr.61-63 aaO.; Nr.1 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation.

(71) AP Nr.22-24 zu § 611 BGB Gratifikation.

(72) AP Nr.25, 61-63 aaO.; Nr. 1 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation.

In einem Fall hat das Bundesarbeitsgericht die zum faktischen Arbeitsverhältnis entwickelten Grundsätze herangezogen. Es hat die aus § 139 BGB folgende Nichtigkeit auf eine ex-nunc-Wirkung beschränkt, so daß der Arbeitnehmer bei Einhaltung der zulässigen Bindungsdauer die Gratifikation behalten kann(73). Es wendet hier § 612 Abs.2 BGB in erweiternder oder entsprechender Auslegung an.
In einem anderen Fall hat das Bundesarbeitsgericht von sich aus im Wege der richterlichen Vertragsgestaltung die Vereinbarung auf die zulässige Bindung zurückgeführt(74).

Schließlich hat das Bundesarbeitsgericht eine Regelung, in der dadurch, daß die Gratifikation als Vorschuß gewährt wurde, eine Bindungswirkung von mehr als einem Jahr beabsichtigt war, wegen Gesetzesumgehung für unzulässig erklärt und die umgehenden Vertragsabsprachen "durch die umgangenen Normen", nämlich die Regeln des Bundesarbeitsgerichtes ersetzt(75).

§ 9

3) Methodisches Vorgehen des Bundesarbeitsgerichts

Gerade beim Komplex des Gratifikationsrechts, hier insbesondere bei der Formulierung zulässiger Rückzahlungsklauseln, hat sich das Bundesarbeitsgericht veranlaßt gesehen, sein Vorgehen zu erklären und zu rechtfertigen. Mit der Begründung, die Frage der Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit einer Rückzahlungsklausel werde interessenbetont und daher unterschiedlich beantwortet und die Rückzahlungs-

---

(73) AP Nr.27 zu § 611 Gratifikation mit ablehnender Anmerkung von Brecher, der zum gleichen Ergebnis über die Fürsorgepflicht kommt.

(74) AP Nr.29 zu Art.12 GG mit ablehnender Anmerkung von Boetticher; Koenig, DB 1968, S.2080 ff. leitet das Recht zur richterlichen Vertragsgestaltung aus § 315 Abs.3 BGB her.

(75) AP Nr.28 zu § 611 BGB Gratifikation.

klauseln mit einem unübersehbaren Einfallsreichtum auf beiden Seiten gestaltet, rechtfertigt der 5.Senat die Darlegung seiner Auffassung, um der Unsicherheit im praktischen Rechtsleben zu begegnen.
Er müsse seine Meinung generalisierend zum Ausdruck bringen dürfen, da anders auf dem Gebiet Rechtssicherheit - oberste Aufgabe der Rechtsprechung - nicht zu erreichen sei. Sogenannte Falljustiz sei hier nicht mehr möglich(76).

Wegen der Berechtigung, genaue zeitliche Grenzen für die Rückzahlung aufzustellen, die von der unterschiedlichen Höhe der Gratifikation abhängen, verweist das Bundesarbeitsgericht auf das Gesetz, das aus Gründen der Praktikabilität und generalisierender Billigkeit nicht anders vorgehe(77).
Ebenfalls mit dem Hinweis auf die durch seine Rechtsprechung geschaffene Rechtssicherheit lehnt das Bundesarbeitsgericht ein Eingehen auf die in der Literatur geäußerten Gegenargumente(78) ab, da seine Entscheidungen zumindest vertretbar seien und dann im Interesse der Rechtssicherheit daran festgehalten werden müsse(79).
Das Bundesarbeitsgericht bezeichnet die zum Gratifikationsrecht, insbesondere zur Rückzahlungsklausel aufgestellten Sätze sehr unterschiedlich. Es spricht nicht nur von seiner 'Auffassung' bzw. 'Meinung', die es zur Zulässigkeit der Rückzahlungsklauseln 'generalisierend' zum Ausdruck bringe(80), sondern gleichzeitig auch von Maßstäben und Grundsätzen(81). In der Hauptsache charak-

---

(76) AP Nr.22 aaO.; Nr.1 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation.

(77) AP Nr.36 zu § 611 BGB Gratifikation.

(78) Vor allem: Wieacker, Anm. zu AP Nr.22 aaO. in JZ 1963, S.175 f; Larenz, Kennzeichen, S.11 f; E.Wolf, Anm. in AP Nr.1 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation.

(79) AP Nr.57 zu § 611 BGB Gratifikation; ebenso argumentiert das Bundesarbeitsgericht in Nr.35 zu § 1 Arb KrankhG; Nr.13 zu § 76 BetrVG.

(80) Siehe Anm.76.

(81) AP Nr.1 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation.

terisiert das Bundesarbeitsgericht die von ihm aufgestellten Sätze denn auch als 'Grundsätze'[82], die gegebenenfalls sinngemäße Anwendung finden[83], teils als Richtlinien[84], teils als Rechtssätze[85], schließlich als Normen[86].

(82) AP Nr.28, 54, 57, 63, 66, 69 zu § 611 BGB Gratifikation; ebenso AP Nr.26, 29 zu Art.12 GG.

(83) AP Nr.24, 27 zu § 611 BGB Gratifikation.

(84) AP Nr.57 aaO.

(85) AP Nr.31-33, 54 aaO.

(86) AP Nr.28 aaO.

IV. Kapitel: Zwischenergebnis

§ 10

1) Über den Anlaßfall hinausgehende Obersätze

Aus der bisherigen Darstellung lassen sich die ersten folgenden Ergebnisse herleiten:
Das Bundesarbeitsgericht stellt auch dann, wenn seiner Meinung nach das Gesetz keine für die Lösung des zu entscheidenden Falles geeigneten Regeln enthält, zunächst abstrakte Obersätze auf, aus denen es dann im Wege der Subsumtion die eigentliche Lösung des Falles entwickelt. Es entscheidet den Fall nicht einfach unter den Gesichtspunkten von Treu und Glauben, der Einzelfallgerechtigkeit, dem Grundsatz der Zumutbarkeit und Billigkeit, wenn auch diese Grundsätze, insbesondere in ihren arbeitsrechtlichen Ausformungen wie zum Beispiel den Treue- und Fürsorgepflichten, eine große Rolle bei der Aufstellung der Obersätze und bei der endgültigen Fallentscheidung spielen. Selbst wenn der eigentliche Rechtsgrund aus Zumutbarkeitserwägungen hergeleitet wird wie bei der Zulässigkeit von Rückzahlungsklauseln im Gratifikationsrecht, stellt das Bundesarbeitsgericht im Interesse der Rechtssicherheit und der 'generalisierenden Billigkeit' sowie aus Gründen der Praktikabilität nähere Regeln auf, aus denen die Grenzen für den Einzelfall abzulesen sind.

In den dargestellten Rechtsgebieten zeigt sich die Neigung des Bundesarbeitsgerichts, über den Entscheidungsfall hinaus Obersätze zu bilden, die für die Fallösung nicht erforderlich wären[87]. Dieses Vorgehen hält das Bundesarbeitsgericht im Interesse der Rechtssicherheit für erforderlich. Aus den gleichen Gründen hält sich der Große Senat für befugt, die ihm vorgelegten Fragen selbständig zu formulieren und in einem umfassenderen Zusammen-

(87) Siehe vor allem: AP Nr.22 zu § 611 BGB Gratifikation.

hang zu beantworten. Er beruft sich dabei auch auf die Fortbildung des Rechts, die ihm nach § 45 Abs. 2 ArbGG obliegt. Dadurch eröffnet sich das Bundesarbeitsgericht die Möglichkeit, einen ganzen Rechtskomplex oder einen umfassenden Teilbereich in einer Entscheidung zu regeln, auch wenn der Fall dazu keinen unmittelbaren Anlaß bietet. Dabei unterliegt es dem freien Ermessen des Gerichts, wie weit oder eng es die Grenzen seiner Entscheidungszuständigkeit zieht. Insbesondere entscheidet es selbst darüber, ob es eine Rechtsfrage, deren Klärung für die Fallentscheidung nicht erforderlich ist, als nicht entscheidungserheblich offenläßt, ob es die Frage zwar offenläßt, aber nebenbei bereits mehr oder weniger bestimmte Aussagen darüber macht, in welche Richtung hier die Rechtsprechung gehen wird oder gehen könnte, oder ob es ein Problem durch Bildung entsprechender Obersätze schon endgültig entscheidet(88).

§ 11

2) Urteilsgrundlagen

Bei der Aufstellung von Obersätzen, deren rechtliche Wertungen nicht oder nicht vollständig dem Gesetz oder der

---

(88) Beispiele:
1.Alt.: Ob die Grundsätze der Betriebsrisikolehre, die das Bundesarbeitsgericht in AP Nr.2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko auf die Fälle des Teilstreiks und des Streiks in einem Zuliefererbetrieb anwendet, auch im Falle eines wilden Streiks gelten, bleibt dort noch offen und wird erst in AP Nr.3 aaO. entschieden; andere Fälle: AP Nr.34 zu Art.9 GG Arbeitskampf(Entsch. über Sympathiearbeitskämpfe bleibt hier offen); AP Nr. 43 zu Art.9 GG Arbeitskampf (Es bleibt offen, ob der einzelne Arbeitgeber auch dann aussperren kann, wenn es sich um ein kleines Unternehmen handelt);AP Nr.22 zu § 611 BGB Gratifikation (hinsichtlich einer Gratifikation in Höhe von zwei Monatsgehältern);
2.Alt.: Schon in AP Nr.2 und 3 zu § 1 TVG Friedenspflicht wird die Rechtswidrigkeit des wilden Streiks angedeutet;
3.Alt.: AP Nr.22 zu § 611 BGB Gratifikation (zur Gratifikationsrückzahlungsklausel).

Verfassung zu entnehmen sind, enthalten die tatsächlichen Verhältnisse und Interessen, die der Rechtsfrage zugrunde liegen, eine wichtige Erkenntnisquelle für die rechtliche Bewertung. Das Bundesarbeitsgericht nimmt ausdrücklich Bezug auf das kollektive Wesen des Arbeitskampfes und auf die tatsächlichen Machtverhältnisse der Koalitionen, denen es mit seiner Arbeitskampfrechtsprechung gerecht werden möchte.
Auch bei der Lehre vom Betriebsrisiko verweist es auf das soziologische Phänomen der Solidarität der Arbeitnehmer untereinander und entwickelt daraus die Lösung des Problems. Allerdings bezeichnet es dieses Phänomen als ein bereits "in bestimmten Grenzen zu verwertendes Rechtsprinzip".

Das Bundesarbeitsgericht bleibt aber nicht dabei stehen, die soziologischen Gegebenheiten zur Grundlage der Entscheidung zu machen. Es stellt vielmehr rechtspolitische Überlegungen an, die die Auswahl und Bewertung dieser tatsächlichen Grundlagen bestimmen. Da es Arbeitskämpfe allgemein für unerwünscht hält und von der staatspolitischen Notwendigkeit ausgeht, Arbeitskämpfe nicht zu erleichtern, sieht es auch als Aufgabe seiner Rechtsprechung an, Arbeitskämpfe, d.h. also Streiks, einzuschränken. Das zeigt sich insbesondere bei der Ausformung des Grundsatzes der Kampfparität, bei der Verwendung des Begriffes der Sozialadäquanz zur Herbeiführung eines einheitlichen Rechtswidrigkeitsbegriffes und bei der Beurteilung des wilden Streiks als generell rechtswidrig.

Allerdings versteht das Bundesarbeitsgericht seine rechtspolitischen Erwägungen als objektiv richtig oder zumindest als gesicherte Erkenntnisse, die Allgemeingut sind und daher keiner eingehenden Begründung bedürfen.

Auch die Lehre vom Betriebsrisiko dient dem gleichen rechtspolitischen Ziel. Es will die Möglichkeit "billiger Streiks" verhindern. Hierzu erweitert das Bundesarbeitsgericht seinen Ausgangspunkt über die tatsächlichen

Grundlagen hinaus zu einer Art rechtlicher Fiktion. Obwohl zwischen den Streikenden eines Betriebes und den Arbeitnehmern des wegen dieses Streiks nicht belieferten oder versorgten Betriebes weder die Verbindung des gemeinsamen Betriebes noch der gleichen Gewerkschaft besteht, verwendet das Bundesarbeitsgericht den Begriff der Solidarität der Arbeitnehmer untereinander als Grundlage für eine allgemeine Arbeitnehmerhaftung.
Beim Gratifikationsrecht geht das Bundesarbeitsgericht ähnlich vor. Um das rechtspolitisch erwünschte Ergebnis einer Teilnichtigkeit der Rückzahlungsklausel zu erreichen, stellt es die kaum zu widerlegende Vermutung auf, der Arbeitgeber hätte die Gratifikation bei Kenntnis der Recht(sprechung-)slage auch mit einer danach zulässigen Rückzahlungsklausel gezahlt. Jedenfalls trägt der Arbeitgeber entgegen § 139 BGB die Darlegungs- und Beweislast für das Gegenteil[89].

Bei dem Problem der Teilnichtigkeit zeigt sich auch, daß das Bundesarbeitsgericht im Interesse eines angestrebten rechtspolitischen Ergebnisses in verschiedenen Entscheidungen zur gleichen Frage mehrere rechtliche Begründungen anführt.
In vergleichbarer Weise begründet das Bundesarbeitsgericht in den Entscheidungen zur Lehre vom Betriebsrisiko sein methodisches Vorgehen ganz unterschiedlich. So sagt es grundsätzlich, das BGB könne wegen der sozialen und wirtschaftlichen Veränderungen keine Anwendung finden, die Lösung müsse sich vielmehr an diesen veränderten Verhältnissen ausrichten[90]. Das Gesetz enthalte daher hinsichtlich der Regelung des Betriebsrisikos eine Lücke, die es zu schließen gälte. Andererseits greift das Bundesarbeitsgericht aber auch wieder in einem entsprechenden Fall auf eine Analogie zu § 615 BGB zurück[91].

---

(89) Siehe AP Nr.25, 61.63 zu § 611 BGB Gratifikation; Nr.1 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation.

(90) AP Nr.2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

(91) AP Nr.14 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

§ 12

3) Bewertung der aufgestellten Sätze durch das Bundesarbeitsgericht

Auf die verschiedenartige Bezeichnung der vom Bundesarbeitsgericht aufgestellten Obersätze ist bereits hingewiesen worden(92).

Wichtiger als die Bezeichnung ist aber, wie das Bundesarbeitsgericht seine 'Grundsätze' bewertet und anwendet. Im Gratifikationsrecht hat es im Falle einer Divergenzrevision geprüft, ob das Landesarbeitsgericht in der angefochtenen Entscheidung die in AP Nr.22 zu § 611 BGB Gratifikation aufgestellten Rechtssätze in abstracto verneint und die Revision als unzulässig zurückgewiesen, weil das Landesarbeitsgericht das nicht getan, sondern einen Ausnahmefall angenommen und damit den in AP Nr.22 aaO. eingeräumten Spielraum ("gilt nur in aller Regel") genutzt hatte(93). Es versteht hier die in AP Nr.22 aaO. aufgestellten Obersätze als Rechtssätze, nicht einfach als Äußerung oder Auffassung des Senats, wie es derselbe Senat dort noch ausdrückt.

In AP Nr.28 aaO. bewertet es dieselben Obersätze als Normen, deren Umgehung ein Fall objektiver Gesetzesumgehung sei.

Auch im Arbeitskampfrecht vertritt das Bundesarbeitsgericht dieselbe Ansicht, wie das auf Seite 11 dargestellte Urteil AP Nr.3 zu Art.9 GG deutlich macht(94). Das Bundesarbeitsgericht unterscheidet dabei grundsätzlich nicht zwischen tragenden Rechtssätzen und obiter dicta, soweit

---

(92) Siehe S.11 (Arbeitskampfrecht); S. 29/30 (Gratifikationsrecht); auch in den Entscheidungen zum Betriebsrisiko ist von 'Grundsätzen' die Rede: siehe AP Nr.3, 5 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

(93) AP Nr.31 zu § 611 BGB Gratifikation; ebenso Nr.32, 33 aaO.

(94) Ebenso für die Lehre vom Betriebsrisiko: AP Nr.5 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

diese Aussagen enthalten, die einem Rechtssatz entsprechen, nämlich einer mit einem Tatbestand verbundenen Rechtsfolge. Äußerlich sichtbar wird das dadurch, daß das Bundesarbeitsgericht auch die über den Entscheidungsfall hinausgehenden Obersätze als Leitsätze einem Urteil voranstellt. Die bereits angeführten Entscheidungen zeigen, daß das Bundesarbeitsgericht diese Obersätze einheitlich bewertet. Obwohl es in AP Nr.31 zu § 611 BGB Gratifikation um eine Gratifikation von wenig mehr als 100.- DM ging, also nur die Vereinbarkeit mit dem die Entscheidung AP Nr.22 aaO. tragenden Satz zu prüfen war, daß Gratifikationen unter 100.- DM nicht wirksam mit einer Rückzahlungsklausel verbunden werden können, bezieht das Bundesarbeitsgericht auch die übrigen Abgrenzungen, die die Entscheidung nicht mehr tragen, in seine Wertung als"Rechtssätze"mit ein. In AP Nr.28 aaO. behandelt es die in AP Nr.22 aaO. aufgestellten Abgrenzungen einheitlich als Normen. Ebensowenig macht das Bundesarbeitsgericht einen grundsätzlichen Unterschied zwischen Entscheidungsformel, Entscheidungsgründen und den vom Gericht selbst formulierten Leitsätzen.

Die Bindungswirkung der vom Bundesarbeitsgericht aufgestellten Obersätze entsteht nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts mit der ersten Entscheidung, die zu einer Rechtsfrage ergangen ist. Insofern bedarf es keiner Bestätigung durch nachfolgende Urteile. Das gilt nicht nur für die Entscheidungen des Großen Senats, sondern für jede Senatsentscheidung, wie insbesondere das Beispiel des Gratifikationsrechts verdeutlicht. Zwar betont das Bundesarbeitsgericht regelmäßig, ob eine Entscheidung einer ständigen Rechtsprechung entspricht bzw. ob zu einer Rechtsfrage eine solche Rechtsprechung ergangen ist. Das ändert aber nichts an der Bedeutung der ersten Entscheidung, die den Rechtssatz formuliert und begründet hat. Das Bundesarbeitsgericht

das die von ihm aufgestellten Obersätze als Rechtsnormen beachtet wissen will, entscheidet auch selbst über den Umfang der Bindungswirkung. Die vom Bundesarbeitsgericht entwickelte Lehre zum Betriebsrisiko gilt nur, wenn die beteiligten Parteien vertraglich oder tarifvertraglich keine andere Regelung getroffen haben, enthält also nachgiebiges Recht[95]. Die Grundsätze zum Gratifikationsrecht binden zwar die Vertragspartner, nicht jedoch die Tarifvertragspartner, sind somit tarifdispositiv[96].

Auch wenn das Bundesarbeitsgericht den von ihm entwikkelten Rechtssätzen Rechtsnormqualität beimißt, sieht das Gericht seine Tätigkeit nicht eigentlich als rechtserzeugend an, sondern als Konkretisierung der in der Rechtsordnung vorgegebenen Wertungen. Das"soziologische Phänomen" der Solidarität der Arbeitnehmer wird nicht durch die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zum Rechtsprinzip, sondern soll es schon unabhängig davon sein[97]. Obwohl das Bundesarbeitsgericht die Rechtswidrigkeit des wilden Streiks erst in AP Nr.32 zu Art.9 GG ausgesprochen hat, verlangt es die Einhaltung dieses Verbots bereits von den Beklagten dieses Prozesses und erwägt - unter Hinweis auf die in früheren Entscheidungen gemachten Andeutungen - auch nicht die Möglichkeit eines Rechtsirrtums. Für die Feststellung des Verschuldens zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs nach § 823 Abs.1 BGB läßt es leichteste Fahrlässigkeit genügen[98]. Ebenso hat das Bundesarbeitsgericht in der Entscheidung zum Schleswig-Holsteinischen Metallarbeiterstreik die - hier vertrag-

---

(95) AP Nr.5, 16 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

(96) AP Nr.54, 57 zu § 611 BGB Gratifikation mit Anm. Biedenkopf zu Nr.54 aaO.; siehe zum Begriff des tarifdispositiven Rechts auch Herschel in DB 1971, S.2114 ff.

(97) AP Nr.3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

(98) AP Nr.32 zu Art.9 GG Arbeitskampf mit Anm. von Mayer-Maly in AP aaO.

liche - Haftung ohne weiteres bejaht, obwohl erst in dieser Entscheidung geklärt worden ist, wo die Grenze zur Kampfmaßnahme und damit zur Verletzung der tariflichen Friedenspflicht nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts liegen soll(99).

§ 13

4) Möglichkeiten des Abweichens von der eigenen Rechtsprechung

Das Bundesarbeitsgericht hält sich auch selbst für gebunden an seine Entscheidungen. Trotzdem eröffnet es sich Möglichkeiten, von eigenen Rechtssätzen abzuweichen, sie abzuändern oder den Anwendungsbereich offen zu halten, ohne den Großen Senat gemäß § 45 Abs.2 ArbGG anrufen zu müssen.

Zum Teil berücksichtigt das Bundesarbeitsgericht dieses Problem bereits bei der Entscheidung und Begründung des Falles. Im Arbeitskampfrecht verwendet das Bundesarbeitsgericht (GS) die Begriffe der Sozialadäquanz, der Kampfparität und der Waffengleichheit, die inhaltlich so unbestimmt sind, daß ein weiter Bereich dieses Rechtsgebietes erfaßt und geregelt wird, trotzdem für künftige Fälle noch eine inhaltliche Konkretisierung möglich bleibt. Etwas ähnliches erreicht das Bundesarbeitsgericht - wenn auch in geringerem Umfang - damit, daß es die Rückzahlungsklauseln im Gratifikationsrecht nur für den Regelfall aufstellt.
Auch kann eine Bindungswirkung dadurch weitgehend eingeschränkt werden, daß die Entscheidung stark von den Besonderheiten des Einzelfalles abhängig gemacht wird

---

(99) AP Nr.2 zu § 1 TVG Friedenspflicht; das Bundesarbeitsgericht weist hier ausdrücklich auf das Risiko hin, das der eingeht, der im Arbeitskampf nach seiner Rechtsauffassung handelt.

und jeweils eine genaue Abwägung der konkreten Interessen vorgenommen werden muß(100).

Immer dann scheidet eine Bindung an eine frühere Entscheidung aus, wenn sich in den tatsächlichen Voraussetzungen des Falles Unterschiede feststellen lassen. Wenn der Sachverhalt ein anderer ist, kann der zu einem anderen Fall gebildete Obersatz keine Anwendung finden(101).

In Einzelfällen erkennt das Bundesarbeitsgericht den Unterschied zwischen tragendem Rechtssatz und obiter dictum an. Wenn es von seiner bisherigen Rechtsprechung bzw. der beigegebenen Begründung abweichen will, fühlt es sich an nebenbei ausgesprochene Rechtssätze nicht gebunden.

In AP Nr.54 zu § 611 BGB Gratifikation hatte es die Berechtigung der Tarifparteien zum Abweichen von den in AP Nr.22 aaO. aufgestellten Grundsätzen noch daraus hergeleitet, daß diese nur für den Regelfall gälten, Ausnahmefälle dagegen denkbar seien und die Abweichung außerdem im konkreten Fall nicht erheblich sei. In AP Nr.57 aaO. hat es dann das gleiche Ergebnis nur noch aus der Tarifautonomie und dem mangelnden Schutzbedürfnis der Tarifparteien gewonnen. Dabei hat es festgestellt, daß der Senat in AP Nr.54 aaO. mit dem Hinweis, die konkrete tarifliche Regelung weiche nicht erheblich von den Senatsgrundsätzen ab, keinen tragenden Rechtssatz aufgestellt habe.

---

(100) Siehe z.B. die Fälle, in denen das Bundesarbeitsgericht eine Kürzung oder Streichung des bereits entstandenen Gratifikationsanspruchs zuläßt: AP Nr.5, 26, 51 zu § 611 BGB Gratifikation; Nr.7 zu § 322 ZPO.

(101) Siehe z.B. AP Nr.2 zu § 19 BetrVG (Arbeitskampfrecht); grundsätzlich bedarf es hierzu keiner weiteren Ausführungen, obwohl die Abweichung im Einzelfall zweifelhaft sein kann, wie z.B. die Geltung der Entscheidung AP Nr.22 zu § 611 BGB Gratifikation einerseits bei tarifvertraglichen, andererseits bei betrieblichen Rückzahlungsklauseln: AP Nr.54, 63 aaO.

Auch in AP Nr.15 aaO., in welcher Entscheidung das Bundesarbeitsgericht erstmals die Zulässigkeit einer Rückzahlungsklausel im Grundsatz anerkennt und damit in Widerspruch zu der Ablehnung jeder Bindungswirkung in AP Nr.1 aaO. gerät, betont es, daß es sich insoweit nur um ein obiter dictum handele, so daß die Anrufung des Großen Senats nach § 45 Abs.2 Satz 1 ArbGG nicht notwendig sei[102].

Schließlich gibt es Fälle, in denen das Bundesarbeitsgericht, obwohl es in einzelnen Punkten von früheren Urteilen abweicht, gleichzeitig die Übereinstimmung mit der eigenen Rechtsprechung betont, um damit die Kontinuität der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu wahren. Hierzu gehören die Urteile, die im Anschluß an die Entscheidung des Großen Senats zum Problem der lösenden Aussperrung ergangen sind bis zum Vorlageschluß des 1.Senats[103].

---

(102) Die Anrufung war auch deswegen nach der Rechtsprechung entbehrlich, weil die Zuständigkeit in diesen Fragen inzwischen vom 2. auf den 5.Senat übergegangen war.

(103) Siehe S.14 /15 , Ein instruktives Beispiel enthält auch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Kampfwilligkeit als Voraussetzung der Koalitionseigenschaft einer Arbeitnehmervereinigung. Diese Voraussetzung hatte das Bundesarbeitsgericht in AP Nr.13 zu § 2 TVG verlangt. Das Bundesverfassungsgericht in AP Nr.15 aaO. hatte ein solches Erfordernis ausdrücklich abgelehnt. Daraufhin hatte das Bundesarbeitsgericht in AP Nr.25 aaO. seine Rechtsprechung dahin abgeändert, daß eine Arbeitsnehmervereinigung Druck und Gegendruck auszuüben imstande sein müsse. Gleichwohl hat das Bundesarbeitsgericht diese Entscheidung als im Einklang stehend sowohl mit dem früheren Urteil AP Nr.13 aaO. als auch mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bezeichnet. Ähnlich zum Problem der begrenzten Effektivklausel in Tarifverträgen: AP Nr.1 zu § 4 TVG Effektivklausel bejaht die Zulässigkeit, AP Nr.7 aaO. verneint sie, ohne auf diesen Widerspruch einzugehen.

Wenn das Bundesarbeitsgericht auch hierfür keine Möglichkeit mehr sieht, andererseits die einmal aufgestellten Grundsätze nicht oder nicht mehr in vollem Umfang für vertretbar hält, legt es die zu entscheidende Rechtsfrage gemäß § 45 Abs.2 ArbGG dem Großen Senat zur Entscheidung vor. Das hat der 1.Senat in der Frage der Rechtswirkungen bei der Aussperrung mit seinem Vorlagebeschluß vom 3.9.1968 getan(104).

Mit der hier gegebenen Übersicht und den sich anschließenden zusammenfassenden Feststellungen ist die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu den einzelnen Sachfragen deutlich geworden. Gleichzeitig sind das entscheidungstechnische Vorgehen des Bundesarbeitsgerichts dargestellt worden sowie die maßgebenden methodischen und für die untersuchten Komplexe rechtspolitischen Erwägungen des Gerichts.
Diese Rechtsprechung ist Grundlage und Bezugspunkt der weiteren Untersuchung, die notwendig zunächst die allgemeinen Grundsätze und Probleme zu erörtern hat, die für jede höchstrichterliche Rechtsprechung in einem gewaltenteiligen Staat von Bedeutung sind.

---

(104) AP Nr.39 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

2. Hauptteil

Voraussetzungen und Grundlagen richterlicher Regelbildung

I. Kapitel: Aufgaben der Rechtsprechung

§ 14

1) Streitentscheidung

Wie die bisherige Übersicht gezeigt hat, hat das Bundesarbeitsgericht in den dargestellten Rechtsgebieten umfangreiche Rechtssätze ausgesprochen und Rechtskomplexe geregelt. Ohne daß bereits die rechtliche Bedeutung dieser Sätze und Regeln näher erörtert werden soll, werden hier zumindest in Formulierung und tatsächlicher Anwendung normative Sätze aufgestellt, so daß sich die Frage stellt, wo die Grenze zur Gesetzgebung zu ziehen ist, die durch ein demokratisch gewähltes Parlament erfolgt. Für die vorzunehmende Untersuchung erscheint es daher angebracht, die Aufgaben der Rechtsprechung und die Stellung der dritten Gewalt nach dem Grundgesetz zu untersuchen.
Der Rechtsprechung als der dritten der drei Staatsgewalten, von denen das Grundgesetz ausgeht, ist ein eigener, der IX.Abschnitt des Grundgesetzes mit den Artikeln 92 bis 104 gewidmet. Sie ist den Richtern anvertraut und wird durch das Bundesverfassungsgericht sowie die Bundesgerichte und Gerichte der Länder ausgeübt (Art.92 GG).
Der Rechtsprechungsbegriff ist in der Literatur und Rechsprechung umstritten. Es sollen daher zunächst die Merkmale hervorgehoben werden, die ein Rechtsprechungsorgan aufweisen muß, um als solches gelten zu können.

Die Rechtsprechung ist von staatlichen Behörden auszuüben, die somit auch staatlicher Aufsicht unterliegen. Das folgt aus Art.92 GG selbst und der gesamten demokratischen Struktur der Verfassung[1]. Die staatliche Aufsicht

(1) BVerfGE 18, 241(253); 26, 186(195); 4, 74(92); 10, 200(214); Wolff, VerwR I, § 19 II

findet jedoch ihre Grenze an der richterlichen Unabhängigkeit. Der Richter hat sachlich und persönlich unabhängig zu sein. Die sachliche Unabhängigkeit des Art.97 Abs.1 GG bedeutet Weisungsfreiheit, die persönliche Unabhängigkeit des Art.97 Abs.2 GG vor allem, daß der Richter weder absetzbar noch versetzbar ist(2). Hierzu gehört auch, daß das Gericht als Rechtsprechungsorgan organisatorisch selbständig ist, d.h. selbständig und unterscheidbar insbesondere von Verwaltungsbehörden ist (Art.20 Abs.2 GG). Für den Richter gilt der Grundsatz der Inkompatibilität (siehe § 4 DRiG).

Die Rechtsprechung hat nach einem rechtsstaatlichen Verfahren zu erfolgen. Aus Art.101 Abs.1 Satz 2, 103 Abs.1 GG folgt, daß der gesetzliche Richter nur der durch förmliches Gesetz bestimmte Richter sein kann. Das Gerichtsverfahren muß daher gesetzlich geregelt sein. Hauptaufgabe des Richters ist die Wahrnehmung der rechtsprechenden Funktion.

Der darin angesprochene Rechtsprechungsbegriff ist umstritten und bis heute ungeklärt. Insbesondere gehen die Meinungen darüber auseinander, ob es überhaupt einen materiellen Rechtsprechungsbegriff gibt und inwieweit sich dieser inhaltlich fassen läßt. Das Bundesverfassungsgericht geht von einer solchen inhaltlichen Bestimmbarkeit aus, konkretisiert den Inhalt aber in erster Linie für die Strafgerichtsbarkeit.

Der Verfassungsgeber habe die traditionellen Kernbereiche der Rechtsprechung - bürgerliche Rechtspflege und Strafgerichtsbarkeit - der rechtsprechenden Gewalt zugerechnet. Danach soll der Kernbereich der herkömmlicherweise den einzelnen Gerichtsbarkeiten übetragenen Aufgaben als Rechtsprechung im materiellen Sinn verstanden werden(3).

---

(2) Siehe hierzu BVerfGE 4, 331(344); Bettermann, Die Grundrechte, Band 3, 2.Halbband, S.525f; Steinke, Richterliche Rechtsfortbildung, S.22 f.

(3) BVerfGE 22, 49(77f.); beschränkt auf die Strafgerichtsbarkeit: BVerfGE 8, 197(207); 12, 264(274); zum Meinungsstand: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.92, Rdnrn.43-50; Wolff, VerwR I, § 19 I; Dütz , Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz, S.87 ff.

Calciumsulfatlösung wurde über den Thermostat auf die Temperatur gebracht, die der Sättigungstemperatur bei der ermittelten Konzentration entspricht. Die Konzentration wurde durch Titration mit 0,1 normal Titriplex III-Lösung bestimmt. Nach Einschalten der elektrischen Heizung wurde die Leistung stufenweise erhöht. Dabei wurde jeweils abgewartet, bis stationärer Zustand herrschte und die Temperaturen sich nicht mehr veränderten. Die für die Keimbildung notwendige Uebersättigung wurde nur an der Heizfläche erreicht.

Sobald sich die ersten Kristalle zeigten, wurde die Wärmezufuhr abgestellt, so daß sich die Lösung wieder abkühlte und sich die Kristalle auflösten. Von diesem Anhaltspunkt ausgehend wurde der Versuch so lange wiederholt, wobei die elektrische Heizleistung systematisch verändert wurde, bis diejenige Wandtemperatur ermittelt war, bei der über einen Zeitraum von mindestens 8 Stunden gerade keine Kristalle entstehen. Das Herantasten an diesen Wert zog sich über mehrere Tage hin.

Von den sichtbar gewordenen Kristallen auf die Keimbildung zu schließen ist hier deshalb möglich, da andere Versuche gezeigt hatten, daß bei den hier gemessenen Uebersättigungen das Kristallwachstum schon sehr rasch vonstatten geht. Die in der Zeit von 8 Stunden entstandenen Keime mußten also sichtbar geworden sein. Dennoch ist die Wahl des Zeitraumes willkürlich und aus praktischen Erwägungen getroffen worden, da die Keimbildung theoretisch bis zur Sättigungsgrenze stattfinden kann, wenn man unendlich lange wartet. Die Zeit bis zum Entstehen der ersten Keime wird häufig als Induktionszeit bezeichnet.

Das Kriterium innerhalb einer bestimmten Zeit keinen Kristall, statt einen oder mehrere Kristalle zu erhalten, erwies sich als genauer und besser reproduzierbar. Dennoch kann man diese Grenze als erste Ueberlöslichkeitskurve ansehen, da der Bereich für das Entstehen oder Nichtentstehen

Verfahren zu treffen ist, hat sich an den Maßstäben der materiellen Gerichtsbarkeit auszurichten. Mögen diese auch im Einzelfall schwer festzustellen sein und weitgehend von der positiven Gesetzeslage abhängen, so kommt doch der Gerechtigkeit im Einzelfall bei jedem Urteilsspruch entscheidende Bedeutung zu (5).
Aus der Streitentscheidungsaufgabe der Rechtsprechung folgt notwendig, daß die richterliche Entscheidung den Rechtsstreit rechtskräftig beendet. Auch die Befugnis der Rechtsprechung zur rechtskraftwirkenden Entscheidung reicht allein nicht, den Rechtsprechungsbegriff vollständig einzugrenzen. Die Rechtskraftwirkung in formeller und materieller Hinsicht ist aber erforderlich, um den Rechtsstreit abschließend zu entscheiden.
Auch wenn die Streitentscheidung unter Beachtung des geltenden Rechts mit dem Ziele, materielle Gerechtigkeit im Einzelfalle zu verwirklichen, nicht alleiniges Merkmal des Rechtsprechungsbegriffs ist, so handelt es sich hier doch um eine wichtige Aufgabe, insbesondere der Zivilrechtsprechung, und zwar auch für die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts als letztinstanzlichem Gericht auf dem Gebiet der Arbeitsgerichtsbarkeit. Allerdings hat die Rechtsprechung gerade der letzten Instanzen auch noch andere Grundsätze zu beachten und Aufgaben zu erfüllen, wie im folgenden darzulegen ist.

§ 15

2) Rechtssicherheit

Wesentlicher Bestandteil eines Rechtsstaates, wie er im Grundgesetz vorausgesetzt und verlangt wird, ist die für den Staatsbürger so wichtige Rechtssicherheit, d.h.

---

(5) Esser, Grundsatz und Norm, S.278; Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, S.96, 181, 270; Spiro, Über den Gerichtsgebrauch, S.47, 244; Germann, ZSR NF Bd.68 (1949), S.453; F.Baur, ZfRV 1962, S.168, 170, 176; Herschel, DB 1967, S.246; Wenzel, JZ 1965, S.287; Habscheid, Richter und Recht, S.16

im Bereich der dritten Gewalt die Rechtseinheit, Rechtsgleichheit, die Voraussehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen, der Vertrauensschutz, der Rechtsfrieden.

Diese Anforderungen an einen modernen Rechtsstaat, die im Grundsatz nicht in Streit stehen, sondern als Ausformungen des Rechtsstaates verstanden werden, führen zu einer Erweiterung des Aufgabenbereichs des Richters, insbesondere des Revisionsrichters, die viele Probleme aufwirft.

Der Richter als der maßgebende, weil staatlich autorisierte Rechtsanwender, dessen Spruch unmittelbare Rechtswirkungen nach sich zieht, begegnet zahlreichen Erwartungen des rechtsuchenden Bürgers, da gerade der Richter am deutlichsten und wirksamsten die Rechtsordnung konkretisiert und den Rechtsunterworfenen Umfang und Grenzen ihrer Rechtsstellung aufzeigt.

Im Vordergrund steht sicher die Erwartung einer materiell richtigen Entscheidung, d.h. eines Richterspruchs, der den subjektiven Vorstellungen des Betroffenen "gerecht" wird(6). Da diese Erwartungen aber in der Regel in einem Streit zwischen zwei Parteien nicht für beide Seiten gleichermaßen voll erfüllt werden können, diese Tatsache im Grunde auch jedem einsichtigen Rechtsuchenden von vornherein klar ist, stellt sich im Zusammenhang damit die weitere Forderung nach Rechtsgleichheit. Die Gleichheit als gleiche Behandlung gleichliegender Fälle bezeichnet Heusinger zu Recht als Kernstück der Rechtsprechung(7).

---

(6) Siehe hierzu F.Werner, Richterstaat, S.14 f.

(7) "Kernstück der Rechtsprechung ist die Gleichheit, tiefste Verletzung der Gerechtigkeit liegt in ungleicher Behandlung". Heusinger in seiner Abschiedsrede als Präsident des Bundesgerichtshofes am 30.3. 1968, zitiert nach Larenz, Methodenlehre, S.349. Heusinger faßt hier die Rechtsgleichheit als Teil der Gerechtigkeit auf. Wie aber das Folgende zeigt, greift die Rechtsgleichheit schon über den Einzelfall hinaus und damit über den Gerechtigkeitsbegriff, der hier als Billigkeit und Einzelfallgerechtigkeit verstanden wird. Sicher hat die Charakterisierung der Rechtsgleichheit als Teil der Gerechtigkeit ebenfalls ihre Berechtigung. Da es sich in

Diesem Erfordernis kann aber der Richter nur gerecht werden, wenn er nicht nur in eigenverantwortlicher Entscheidung die im Einzelfall angemessene Lösung eines Interessenkonflikts unter Beachtung der gesetzlichen Normen herbeizuführen sucht, sondern auch darauf achtet, ob in der Rechtsprechung ähnlich oder gleich liegende Fälle bereits entschieden worden sind. Der Rechtsverkehr erwartet, daß die Rechtsprechung insgesamt weitgehend einheitlich judiziert. Diese Erwartung gilt nicht allein dem Ergebnis des Richterspruchs, sondern auch den dabei angewendeten Rechtssätzen und allgemeinen Regeln. Gerade dadurch wird die Rechtsprechung überhaupt erst voraussehbar, insbesondere was das Verhältnis von Instanzgerichten zum Revisionsgericht angeht. Dieses Gebot der Voraussehbarkeit der Rechtsprechung als Teil der Rechtssicherheit gilt nicht nur auf den Gebieten, in denen gesetzliche Regelungen fehlen, so daß der richterlichen Fallentscheidung besondere Bedeutung zukommt, sondern in dem gesamten Bereich der sogenannten richterlichen Rechtsanwendung.

Der Rechtsgleichheit nah verwandt ist die Rechtseinheit, die die Gerichte dadurch zu wahren haben, daß sie die geltenden Gesetze beachten und anwenden und auch in den Fragen, in denen gesetzliche Normen fehlen, übereinstimmend verfahren.

---

jedem Falle um rechtsstaatliche Erfordernisse handelt, würde die weitere Erörterung lediglich zu einer unfruchtbaren Begriffskontroverse führen.

Wie Heusinger: Radbruch, Rechtsphilosophie, S.170; wie hier: z.B. Habscheid, aaO., S.15 f; Meier-Hayoz, aaO., S.258; Spiro, aaO., S.46 f; Wieacker, Zur Präzisierung des § 242 BGB, S.10; Germann, aaO., S.306, 326; ders., Präjudizien als Rechtsquelle, S.31; Zippelius, NJW 1964, S.1985; Knittel, Problem der Rückwirkung, S.16; F.Baur, aaO., S.176, "Im Verlauf der Geschichte mögen viele ursprünglich gemeinsame und selbstverständliche Wertvorstellungen über Bord gegangen sein, erhalten hat sich aber ein ganz feines Gefühl dafür, daß jeder vor dem Richter gleich behandelt werden müsse."

Die Erwartungen des Rechtsverkehrs an Instanz- wie an Revisionsgerichte, daß die Rechtsprechung Rechtsfragen einheitlich beantwortet, und das Vertrauen, daß auch in Zukunft die Rechtslage bei gleichen oder ähnlichen Fällen die gleiche ist, die das zuständige Revisionsgericht bereits einer früheren Entscheidung zugrunde gelegt hat, sind nicht nur ein empirisch feststellbares Verhalten der betroffenen Rechtskreise, sondern unmittelbarer Ausfluß des verfassungsstarken Rechtsstaatsprinzips und somit im Interesse der verfassungsmäßig gebotenen Rechtssicherheit und des davon abhängigen Rechtsfriedens schutzwürdig. Der Richter untersteht dem Verfassungsgebot der Rechtssicherheit und hat es bei seiner gesamten Tätigkeit zu beachten.

Es ist nicht zu verkennen, daß dieser Grundsatz der Rechtssicherheit in Gegensatz geraten kann zu der ebenfalls rechtsstaatlich gebotenen Einzelfallgerechtigkeit(8). Ein solcher Gegensatz tut sich immer dann auf, wenn die Anwendung einer gesetzlichen Norm oder die Übernahme richerlich entwickelter Regeln nicht zu einer den beteiligten Interessen gerecht werdenden Entscheidung führen würde. Während die erste Alternative die Gesetzestreue und die Bindung an das Gesetz berührt und hierunter noch Erwähnung findet, ergibt sich im zweiten Fall die eigentliche Spannung zum Gebot der Rechtssicherheit, an einer schon entwickelten Rechtsprechungspraxis festzuhalten. Eine generelle Lösung gibt es nicht. Es handelt sich jeweils um Anforderungen, die gegeneinander abgewogen werden müssen. Der Richter entscheidet jeweils verantwortlich, welchem Gesichtspunkt er den Vorrang geben will.(9)

---

(8) Siehe Wenzel, JZ 1960, 713; Dubs, Praxisänderungen, S.7; bei Radbruch als Gegensatz von Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit erörtert, aaO.

(9) Ebenso: BAG Ap Nr.3 zu § 72 ArbGG 1953 Zulassungsrevision.

Dieses Verständnis der Rechtssicherheit als Erfordernis des Rechtsstaatsprinzips mit den bereits einzeln dargestellten Auswirkungen entspricht der allgemeinen Ansicht der rechtswissenschaftlichen Literatur(10).

Auch das Bundesarbeitsgericht beachtet den Grundsatz der Rechtssicherheit als tragendes Prinzip für die Rechtsprechung. Es bezeichnet sogar die Rechtssicherheit als oberste Aufgabe der Rechtsprechung(11). Wieweit dies zutrifft, soll noch geprüft werden. Jedenfalls genügt hier die Feststellung, daß das Bundesarbeitsgericht dem Grundsatz der Rechtssicherheit zentrale Bedeutung für die Rechtsprechung beimißt(12).
Damit ergibt sich die Notwendigkeit, Entscheidungen, die über das Gesetz hinausgehen oder dieses weiterentwickeln, nicht nur auf den Streitfall abzustellen, sondern deutlich zu machen, daß der Rechtsverkehr auch künftig in vergleichbaren Rechtsfragen damit rechnen kann, daß gleich entschieden wird.

---

(10) Beispiele aus der unübersehbaren Literatur: Habscheid, aaO., S.14; Meier-Hayoz, aaO., S.82, 245 ff. 256, 258; Germann, Methodische Grundfragen, S.54 ff.; ders. ZSR NF Bd.68, S.326; ders. Präjudizien als Rechtsquelle, S.32, 43, 50; Dubs, aaO., S.7, 160 ff., 164; Boehmer, Grundlagen 2.Buch, 2.Abt., S.73; Adomeit, Rechtsquellenfragen, S.83; H.-J. Hirsch, JR 1966, S.339; Zippelius, NJW 1964, S.1985; Kittel, aaO., S.21; G. und D.Reinicke, MDR 1956, S.325; Mayer-Maly, RdA 1970, S.292 ff.; ders. Anm. zu BAG in AP Nr.28 zu § 611 BGB Gratifikation; Wenzel, JZ 1960, 713, 719; ders. JZ 1965, S.287; Herschel, DB 1967, S.246; Hueck, Anm. zu BAG in AP Nr.13 zu § 76 BetrVG; Wieacker, JZ 1963, S.176; E.Wolf, Anm. zu BAG in AP Nr.1 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation; Wiedemann, Anm. zu BAG in AP Nr.62 zu § 611 BGB Gratifikation; Blomeyer-Buchner, Rückzahlungsklauseln, S.3, 29; F.Baur, aaO., S.176.

(11) BAG AP Nr.1 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation.

(12) Hierzu nur folgende Entscheidungen, die ausdrücklich auf den Grundsatz der Rechtssicherheit Bezug nehmen:
BAG AP Nr.22, 23, 36, 54, 57 zu § 611 BGB Gratifikation;
BAG AP Nr.4 zu § 11 KSchG; AP Nr.57 zu § 626 BGB, AP Nr.21 zu § 616 BGB;
BAG AP Nr.13, 15 zu § 76 BetrVG;
BAG AP Nr.35 zu § 1 ArbKrG; BAG AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

§ 16

3) Verankerung in der positiven Gerichtsverfassung

Die wichtige Aufgabe der Rechtsprechung, einen Parteienstreit zu entscheiden, braucht nicht näher belegt zu werden. Die gesamte Zivilprozeßordnung dient der Organisation dieser Aufgabe. Das Arbeitsgerichtsverfahren kennt noch die Besonderheit der Güteverhandlung, die es sonst nur im Eheverfahren gibt und die den Sinn hat, den Streit gütlich beilegen zu helfen. Die richterliche Aufgabe der Streitentscheidung ist hier ebenfalls offensichtlich, wenn auch in etwas abgewandelter Form.

Wichtiger erscheint die Tatsache, daß die Feststellung, Rechtsprechung sei nicht nur Streitentscheidung, ebenfalls Eingang gefunden hat in die Prozeßordnungen. Es soll hier zunächst nur aufgezeigt werden, daß auch nach dem geltenden Arbeitsgerichtsgesetz Adressaten richterlicher Entscheidungen nicht nur und ausschließlich die beteiligten Prozeßparteien sind. Die Sonderfälle der §§ 66 ff. ZPO (Nebenintervention) und des § 325 ZPO (Rechtskraft gegenüber Rechtsnachfolgern) bleiben hier außer Betracht. Es geht um die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Revision und der Entscheidungen des Großen Senats.

(1) Gemäß § 72 Abs.1 Satz 1 ArbGG findet gegen Endurteile der Landesarbeitsgerichte die Revision an das Bundesarbeitsgericht statt, wenn das Landesarbeitsgericht die Revision im Urteil zuläßt.
Nach § 69 Abs.3 ArbGG kann das Landesarbeitsgericht die Revision wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache zulassen. Es muß die Revision zulassen, wenn es von einer ihm bekannten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, oder, solange eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in der Rechtsfrage nicht ergangen ist, von einer ihm bekannten Entscheidung eines Landesarbeitsgerichts abweichen will. Deutlich hängt bei der ersten

Alternative die Zulassung der Revision davon ab, daß die Klärung der Rechtsfrage nicht nur für die Beteiligten wichtig, sondern von allgemeiner Bedeutung ist[13].

Der zweite Fall des § 69 Abs.3 ArbGG, in dem die Revision zugelassen werden muß, setzt eine Divergenz der Landesarbeitsgerichts-Entscheidung in der ausgeführten Form voraus. Im Interesse der Überwindung der Rechtszersplitterung, wie sie zum Teil vor Tätigwerden des Bundesarbeitsgerichts bestanden hat, und der Wahrung der Rechtseinheit muß das Landesarbeitsgericht in diesen Fällen die Revision zulassen[14].
Der Gedanke der Rechtseinheit und Rechtssicherheit steht hier im Vordergrund. Die Revision wird nicht darum zugelassen, weil die Parteien dadurch ein "gerechteres" Urteil erwarten dürfen, daß ein weiteres Gericht die rechtliche Beurteilung überprüft, zumal da das Verhältnis der Instanzen zueinander nach der Gerichtsverfassung kein qualitatives, sondern ausschließlich ein funktionales ist[15]. Vielmehr geht es darum, daß der Rechtsuchende keiner anderen rechtlichen Beurteilung unterliegen soll, als sie das Bundesarbeitsgericht als letzte Instanz in dieser Rechtsfrage bereits vorgenommen hat.

(2) Bei der Divergenzrevision des § 72 Abs.1 Satz 2 und 3 ArbGG greifen dieselben Gesichtspunkte durch. Der Unterschied besteht nur darin, daß das Landesarbeitsgericht die Revision nicht zugelassen hat, obwohl es von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bzw. eines anderen Landesarbeitsgerichts abgewichen ist. Bei Vorliegen einer solchen Divergenz ist die Revision auch ohne

---

(13) Dietz-Nikisch, Arbeitsgerichtsgesetz, § 69 Anm.20; siehe auch BAG AP Nr.6 zu § 69 ArbGG 1953.

(14) Dietz-Nikisch, a.a.O., Anm.21.

(15) BAG aaO.

Zulassung zulässig[16] Hier wie bei der Zulassungsrevision liegt der Zweck der Bestimmung nicht in einem staatlichen Interesse an einer einheitlichen Rechtsprechung, sondern es geht um das Interesse des Individuums an Rechtseinheit und Rechtsgleichheit als wesentlichen Bestandteilen der Rechtssicherheit[17].

(3) Noch deutlicher wird die Beachtung übergeordneter Gesichtspunkte der Rechtseinheit und Rechtssicherheit bei der Zuständigkeit des Großen Senats. Gemäß § 45 Abs.2 Satz 1 ArbGG besteht eine Vorlagepflicht, wenn ein Senat des Bundesarbeitsgerichts von der Entscheidung eines anderen Senats oder des Großen Senats abweichen will. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts soll eine Einheit bilden. Bei Abweichungen hat der Große Senat diese Einheit wiederherzustellen.

(4) Darüber hinaus gibt es dann die Möglichkeit einer Vorlage, wenn bei einer Frage von grundsätzlicher Bedeutung die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung es erfordern. Ausschließlich Gründe der Rechtssicherheit und rechtspolitische Erwägungen der sogenannten Rechtsfortbildung sind hier maßgebend für die Vorlage, die im Ermessen des entscheidenden Senats steht, § 45 Abs.2 Satz 2 ArbGG.

In allen Fällen zeigt sich, daß der Gesetzgeber davon ausgeht, daß Adressaten der richterlichen Entscheidung nicht nur die am Prozeß beteiligten Parteien sind, sondern die Urteilssprüche darüber hinaus Bedeutung haben für den gesamten Rechtsverkehr und künftige Rechtsstreitigkeiten[18].

---

(16) Siehe hierzu BAG AP Nr.5, 10, 24 zu § 72 ArbGG 1953 Divergenzrevision.

(17) Ebenso Wieczorek, Anm. zu BAG AP Nr.42 zu § 72 ArbGG 1953 in AP.

(18) Ebenso Grunsky, Grenzen der Rückwirkung, S.16 f.

Mit dieser Feststellung soll nicht gesagt werden, daß die Problematik der richterlichen Normsetzungsfunktion und -befugnis durch die angeführten Fälle gesetzlich geregelt und damit gelöst worden ist. Immerhin läßt sich die Ansicht, Rechtsprechung sei nur Streitentscheidung, wie sie Ernst Wolf vertritt, bereits hier ablehnen, da sie mit dem geltenden Recht nicht übereinstimmt(19).

Umgekehrt ist mit der kurzen Darstellung die Problematik, insbesondere der Divergenzrevision nicht erschöpft. Das Bundesarbeitsgericht hat hierzu folgende Grundsätze aufgestellt.

(1) Das anzuführende Urteil muß einen abstrakten Rechtssatz aufstellen, der die Entscheidung trägt(20).

(2) Die Divergenz, von der die Zulässigkeit der Revision abhängt, setzt voraus, daß der tragende Komplex der rechtlichen Erwägungen bei der angefochtenen und der angezogenen Entscheidung der gleiche ist, in den verschiedenen Entscheidungen aber eine andere rechtliche Beurteilung gefunden hat. Maßgebend sind dagegen nicht Rechtsausführungen, die einführend, erläuternd, ergänzend oder sonst am Rande gemacht werden(21).

(3) Eine Divergenz liegt nicht vor, wenn das Berufungsgericht von den Grundsätzen der Vergleichsentscheidung ausgeht, im konkreten Fall aber andere Folgerungen zieht. Die angefochtene Entscheidung muß "gleichsam in abstracto" von der Vergleichsentscheidung abweichen(22).

---

(19) E.Wolf, Anm. zu BAG AP Nr.1 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation in AP; ders., SAE 1966, S.233 ff.

(20) BAG AP Nr.31 zu § 72 ArbGG 1953 Divergenzrevision.

(21) BAG AP Nr.3, 4, 35, 46, 53, 54 zu § 72 ArbGG 1953, AP Nr.8 zu § 72 ArbGG 1953 Divergenzrevision; AP Nr.11 zu § 66 BetrVG.

(22) BAG AP Nr.31, 36 zu § 72 ArbGG 1953; AP Nr.24, 31 zu § 72 ArbGG 1953 Divergenzrevision; AP Nr.31-33 zu § 611 BGB Gratifikation.

(4) Eine Divergenz liegt bei der Anwendung von Generalklauseln nicht vor, wenn die Vergleichsentscheidung keinen Rechtssatz enthält, sondern nur eine Richtlinie oder Wertung, an die man sich im allgemeinen wird halten können[23].

Im weiteren Verlauf der Arbeit werden diese Grundsätze, soweit sie für das vorliegende Thema von Bedeutung sind, untersucht und kritisch gewürdigt.

§ 17

4) Umfang des Rechtsverweigerungsverbots

Neben den eben erörterten prozessualen Vorschriften, die bereits Hinweise enthalten auf die Rechtsfortbildungsaufgaben des Bundesarbeitsgerichts und damit auf das Problem der vorliegenden Untersuchung, soll ein weiterer Grundsatz erörtert werden, der für die richterliche Normsetzung von erheblicher Bedeutung ist. Es geht um das sogenannte Rechtsverweigerungsverbot. Dieser Grundsatz sagt allgemein, daß der Richter nicht deswegen eine rechtliche Entscheidung verweigern darf, weil das Recht lückenhaft, widersprüchlich oder unklar sei. Der Begriff des Rechtsverweigerungsverbots hat seinen ersten Ausdruck in Art.4 Code Civil gefunden[24]. Bevor auf Umfang und Inhalt des Begriffes näher eingegangen wird, soll er gegen ähnliche und zum Teil verwandte Einrichtungen abgegrenzt werden.

Anders als beim Rechtsverweigerungsverbot geht es beim sogenannten Rechtsschutzanspruch um die Frage, ob für die Prozeßpartei ein Anspruch auf eine günstige Entscheidung besteht und inwieweit dieser Anspruch Bestandteil eines Prozeßrechtsverhältnisses ist.

---

(23) BAG AP Nr.20 zu § 72 ArbGG 1953.

(24) Art.4 Code Civil lautet in der Übersetzung von Radbruch, Rechtsphilosophie, S.211:
"Ein Richter, der sich weigert, einen Bescheid zu geben unter dem Vorwand, daß das Gesetz den Fall unberührt lasse, daß es dunkel oder unzulänglich sei, kann auf Justizverweigerung belangt werden."

Dem steht der sogenannte Justizanspruch gegenüber, der nur auf die Gewährung von Rechtspflege überhaupt bzw. auf ein justizförmiges Verfahren gerichtet ist. Dazwischen steht der Anspruch auf eine Sachentscheidung überhaupt, wenn die Prozeßvoraussetzungen vorliegen.
Alle drei Ansprüche stehen im Verhältnis von plus und minus, nicht eines aliud zueinander. Sie sind bis heute Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzungen, insbesondere ist streitig, ob es sich jeweils um subjektive Rechte der Prozeßpartei handelt(25).
Hiervon zu unterscheiden ist die Verpflichtung des Staates zur Gewährung richterlichen Rechtsschutzes, die sogenannte Justizgewährungspflicht oder Rechtsschutzgewährungspflicht. Ihr entspricht der Anspruch des einzelnen auf diesen Rechtsschutz, der sogenannte Justizgewährungsanspruch oder Rechtsschutzgewährungsanspruch.
Dieses Gerichtsschutzgebot ergibt sich für das öffentliche Recht aus Art.19 Abs.4 GG, für das Privatrecht wird es neuerdings aus der Rechtsstaatsgarantie, der rechtsprechenden Gewalt und aus Art.101 Abs.1 Satz 2 GG hergeleitet. Es findet auch Ausdruck in Art.6 Abs.1 Satz 1 der Menschenrechtskonvention des Europarats(25a).

Beim Rechtsverweigerungsverbot geht es dagegen darum, daß der Richter einen Rechtsstreit auch dann entscheiden muß, wenn das Recht ihm keine sichere Entscheidungsgrundlage bietet. Anders als die Rechtswissenschaft oder die Gesetzgebung kann der Richter keine entscheidungserhebliche Rechtsfrage offen, d.h. unerörtert oder unentschieden lassen mit der Begründung, sie sei noch nicht zur Lösung reif(26). Diese richterliche Entscheidungspflicht

---

(25) Siehe zum Meinungsstand im einzelnen: Mes, Rechtsschutzanspruch, S.15 ff.; Blomeyer in Festschrift für Böttticher, S.65 ff.

(25a) BGBl.II 1952, 688; zum Problem des Gerichtsschutzgebotes im einzelnen Dütz, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz, S. 11 ff., 62 ff.; Bettermann, JBl. 1972, S.57(65).

(26) Hiermit nicht zu verwechseln ist das sogenannte Gebot der "non - liquet"-Entscheidung. Wenn für eine entscheidungserhebliche Behauptung weder Beweis

macht aber nur einen Teil des Rechtsverweigerungsverbots aus. Zum Rechtsverweigerungsverbot im engeren Sinne gehört auch die richterliche Pflicht zur Prüfung, ob bei einem unklaren, lückenhaften oder überholten Gesetz nach den allgemeinen Auslegungsregeln, die im folgenden noch erörtert werden, eine Auslegung oder Weiterentwicklung der gesetzlichen Vorschriften vorgenommen werden kann, die geeignet ist, ein behauptetes Recht anzuerkennen oder zuzusprechen. Nur in diesem engeren Sinne ist das Rechtsverweigerungsverbot wichtig für die Frage richterlicher Normsetzung; denn die durch die Auslegung und Weiterentwicklung sich ergebende richterliche Normbildung könnte hieraus eine Rechtfertigung herleiten.
Dagegen verlangt die allgemeine Entscheidungspflicht lediglich, daß der Richter bei unklaren oder lückenhaften Gesetzen eine Entscheidung trifft. Bei diesem eingeschränkten Verständnis des Rechtsverweigerungsverbotes besteht nicht zusätzlich die positive Pflicht, das materielle Recht fortzubilden, wenn es lückenhaft ist[27].

---

noch Gegenbeweis angetreten worden ist, darf das Gericht keine Entscheidung ablehnen, weil die Sachlage "nicht klar" sei. Es muß seine Entscheidung vielmehr nach der Verteilung der Beweislast treffen. Danach hat grundsätzlich jede Partei für die tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm die Beweislast zu tragen.
Das Verbot der non-liquet-Entscheidung zählt somit zu den Grundsätzen des Darlegungs- und Beweisrechts im Zivilprozeß. Beim Rechtsverweigerungsverbot geht es dagegen um einen Grundsatz für die richterliche Entscheidung, wenn das positive Recht keine Lösung ermöglicht. Diesen Unterschied verkennt Horn in NJW 1967, S.601(604), der in Wahrheit das Rechtsverweigerungsverbot meint (dazu weiter Mayer-Maly, RdA 1970, S.289(291) Anm.32). Anders als hier verwendet E.Schumann, ZZP 81 (1968), S.79(99) (so auch schon in RabelsZ 1967, S.168f.) den Begriff der non-liquet-Entscheidung als Oberbegriff. Die eigentlichen Fälle des Rechtsverweigerungsverbots bezeichnet er als "Non-liquet-Judikate im Rechtsbereich" im Gegensatz zum Beweislastbereich. Diese Terminologie empfiehlt sich nicht, da es sich um einen Ausdruck des Beweisrechts handelt, das nicht unmittelbar die Problematik der Rechtsverweigerung berührt. Siehe zum Non-liquet im einzelnen A.Blomeyer, JZ 1955, S.605f.; ders.,Zivilprozeßrecht: Erkenntnisverfahren, § 69 I, S.341f.; Rosenberg/Schwab, ZPO § 118 I, S.582.

27) Im Sinne einer solchen Entscheidungspflicht verstehen das Rechtsverweigerungsverbot: Larenz, NJW 1965,

Diese Auffassung führt jedoch zu einer rein formalen, im Grundsatz verantwortungslosen Zuständigkeit des Richters für die Entscheidung gesetzlich nicht oder mangelhaft geregelter Sachverhalte(28). Sie ist nicht geeignet, das Richterbild des Grundgesetzes inhaltlich zu füllen. Zum Rechtsstaatprinzip des Grundgesetzes, wie es in Art.1 Abs.3, Art.20 Abs.2 und 3 GG zum Ausdruck kommt, gehört auch, daß der Richter materieller Gerechtigkeit verpflichtet ist(29) und gegebenenfalls gesetzliche Lücken, die er festgestellt hat, auch schließt. Damit rechtfertigt das Rechtsverweigerungsverbot in diesem Sinne die Aufstellung richterlicher Regeln, wenn das Gesetz eine regelungsbedürftige Frage nicht geregelt hat, in entscheidendem Maße(30). Es gibt allerdings keine Auskunft darüber, wann eine solche Rechtsfrage regelungsbedürftig ist, welche Kriterien für die Regelung maßgebend sind und ob es nicht auch unaus-

---

S.2; Conrad bei Coing, Auslegungsmethoden, S.28; Canaris, Lücken in Gesetz, S.60f, 14o ff., 174 ff.(er erkennt eine positive Entscheidungspflicht nur bei sogenannten Rechtsverweigerungslücken an, d.h. Lükken, die der Richter, um eine Norm oder Regelung anwenden zu können, ausfüllen muß.).

(28) Säcker, Koalitionsfreiheit, S.116 Anm.272.

(29) Siehe hierzu den Richtereid in § 38 DRiG.

(30) Wenn Mayer-Maly in RdA 1970, S.291 unter Bezugnahme auf Rüthers (RdA 1968, S.178) meint, es sei nicht zwingend logisch, daß der Richter aufgrund des Rechtsverweigerungsverbots für gesetzlich ungeregelte Fälle Obersätze aufstellen müsse, sondern es sei auch denkbar, eine einfache Entscheidungspflicht im obigen Sinne darunter zu verstehen, so ist das sicher richtig. Nur hat diese Behauptung niemand aufgestellt. Es geht nicht um die logisch zwingende Fassung dieses Begriffs, sondern um dasjenige Verständnis des Rechtsverweigerungsverbots, das der Aufgabe und Funktion des Richters nach dem Grundgesetz gerecht wird. Mayer-Maly bezeichnet aber selbst an anderer Stelle (JBl.1967, S.2) eine einfache Abweisung von Ansprüchen bei gesetzlichen Lücken als eine Entscheidung ohne Analyse und Wertung, deren einzige ratio darin liege, durch recht unsinnige Fehlentscheidungen die Legislative anzuspornen.

füllbare Rechtslücken gibt[31]. Es stellt aber klar, daß der Richter nicht einfach eine abweisende Entscheidung treffen darf, wenn eine unmittelbare gesetzliche Reglung fehlt, ohne geprüft und begründet zu haben, ob nicht eine entsprechende Anwendung einer anderen Norm oder ein anderes Interpretationsmittel dem Fall und der Interessenlage gerecht wird[32] [33].

Wenn auch das Rechtsverweigerungsverbot die Frage nach dem Normcharakter richterlicher Regeln nicht beantworten kann, so bietet es jedenfalls Grundlage und Rechtfertigung dafür, daß das Bundesarbeitsgericht auch dann Ansprüche und Rechtsverhältnisse prüft und zuspricht, wenn das Gesetz keine Regelung enthält.

---

(31) Hierzu Canaris, aaO., S.174 ff.; E.Schumann in RabelsZ 1967, S.169; Engisch, Juristisches Denken, S.155; ders., in Festschrift für W.Sauer, S.99

(32) So h.M.: Habscheid, Richter und Recht, S.22; Mayer-Maly, JBl.1967, S.2; Steinke, Richterliche Rechtsfortbildung, S.75 f; Jordan, AcP 8 (1825), S.227; Rüthers, RdA 1968, S.178f; ders. JurA 1970, S.108; E.Schumann, ZZP 81 (1968), S.83 ff.(mit weiteren ausführlichen Literaturangaben S.90 Fußnote 41); ders., RabelsZ 31, S.168; Säcker, aaO.; Enneccerus-Nipperdey, AT 1.Halbb., § 42 I 1 (S.274), § 58 I (S.336); Nipperdey/Säcker in Anm. zu BAG AP Nr.39 zu Art.9 GG Arbeitskampf; Wenzel, JZ 1960, S.714 (Beispiel: HAG-NRW); Hueck-Nipperdey II/2, S.866; Engisch, aaO., S.155; Huhn, MDR 1967, S.98(100); zu den speziellen Fällen des Art.117 Abs.1 und Art.6 Abs.5 GG: BVerfGE 3, 225 und 25, 167.

(33) Dieser Ansicht folgt das Bundesarbeitsgericht in seiner gesamten Rechtsprechung (so z.B.BAG AP Nr.3 zu § 69 ArbGG 1953). Es beschränkt sich nirgends darauf, eine Lücke im Gesetz festzustellen und die Ausfüllung dem Gesetzgeber zu überlassen. Auch wenn es in AP Nr.57 zu § 626 BGB feststellt, die Unklarheit des § 66 BetrVG, ob die Nichtanhörung des Betriebsrates eine außerordentliche Kündigung unwirksam mache oder nicht, könne allein der Gesetzgeber beseitigen, nicht aber das Bundesarbeitsgericht, so liegt darin keinesfalls ein Rechtsverweigerungsverbot. Bekanntlich kann sich aber der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Kündigungsschutzprozeß dann nicht darauf berufen, daß die Kündigung nach § 1 Abs.2 und 3 KSchG notwendig gewesen sei, wenn er die Anhörung des Betriebsrates rechtswidrig, vorsätzlich und schuldhaft unterlassen hat. Das Bundesarbeitsgericht lehnt damit lediglich ab, § 66 BetrVG als zivilrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung für die außerordentliche Kündigung zu behandeln. Darin liegt eine Entscheidung auf dem

II. Kapitel: Bedeutung des Gewaltenteilungsprinzips.

§ 18

1) Allgemeines

Eine Untersuchung über die Rechtsnormqualität richterlicher Sätze kann am Grundsatz der Dreiteilung der staatlichen Gewalt, wie er auch dem Grundgesetz zugrunde liegt, nicht vorbeigehen. Da die Gesetzgebung zuständig ist für die Schaffung von allgemein geltenden Rechtsnormen, könnten sich für Rechtsqualität, Bedeutung und Ausmaß richterlicher Normen Grenzen aus der Gewaltenteilung ergeben. Dieses von Montesquieu entwickelte Staatsmodell, dem eine formale Trennung der Exekutive von der Legislative und Judikative zugrunde liegt, hat im Laufe der Zeit erhebliche Wandlungen erfahren. Sie ergeben sich daraus, daß sich eine vollständige und reine Trennung der drei Gewalten als undurchführbar und zum Teil auch nicht als wünschenswert herausgestellt hat. An diesem Verständnis des Gewaltenteilungsprinzips ist daher nicht länger festzuhalten. Es gibt zahlreiche Untersuchungen über das Gewaltenteilungsmodell bei Montesquieu, Kritik an seiner Lehre und vor allem Kritik an dieser Kritik(34). Der ausführlichen Arbei von Kägi aus dem Jahre 1937 folgend liegt der Gewaltenteilungslehre von Montesquieu das Staatsmodell der konstitutionellen Monarchie zugrunde, d.h. eine grundsätzliche statische Verfassung, in der Montesquieu einen Ausgleich zwischen dem Monarchischen Herrscher (Exekutive) und dem dritten Stand (Legislative) herbeiführen wollte. Mit der Übernahme der Exekutivgewalt durch das Volk, also in Deutschland spätestens 1918 mit der Ausrufung der Republik, ist somit diese Zweckrichtung gegenstandslos geworden(35).

Gebiet der Auslegung und Methodenlehre, auf die hier nicht einzugehen ist. Ein Verstoß gegen das Rechtsverweigerungsverbot scheidet aus.

(34) Hierzu M.Draht in Gewaltentrennung (Hrsg.Rausch), S.21 ff.

(35) O.W.Kägi, Gewaltenteilung, passim, z.B. S.219f; ebenso W.Weber in Gewaltentrennung (Hrsg.Rausch), S.187 ff.

Durch diese grundsätzliche Umwandlung sowie die Entwicklung des modernen Staates in allen seinen Bereichen kann es keinen apriorischen allgemeingültigen Inhalt dieses Prinzips geben. D.h. es kommt nicht mehr entscheidend auf die historische Ausgangslage an, also auf die Staatsmodelle bei Montequieu, Locke und anderen, ebensowenig auf deren zahlreiche Nachfolger und Epigonen, sondern allein auf die Ausformung, die der Grundgesetzgeber diesem Modell gegeben hat und in der er es übernommen hat(36). Das Grundgesetz geht vom Gewaltenteilungsprinzip als einem tragenden, auch heute gültigen Verfassungsgrundsatz aus. Das läßt sich bereits an der Trennung und Bezeichnung der Abschnitte VII, VIII und IX erkennen. Es wird weiter hergeleitet aus den Art.1 Abs.3, 20 Abs.2 und 3, 92 und 97 GG(37).
Insoweit ist sich die Staatsrechtslehre einig, ebenso die Rechtsprechung, streitig ist nur der Rang, den das Gewaltenteilungsprinzip im Grundgesetz einnimmt(38). Diese Frage braucht hier nicht entschieden zu werden. Wichtig ist lediglich, daß der eigentliche Grundgedanke der Gewaltenteilung - das Prinzip der checks and balances - auch im Grundgesetz beachtet worden ist(39). Allerdings unterscheidet sich die Verwirklichung dieses Prinzips erheblich von der

---

(36) A.A. ist Esser, Grundsatz und Norm, S.71, der die Gewaltenteilung als ungeschriebenes Verfassungsrecht bezeichnet, das positives Recht "kraft Sachgesetzlichkeit" sei. Eine Sachgesetzlichkeit auf dem Gebiet des Verfassungsrechts scheint jedoch nicht überzeugend, da es sich hier um grundsätzliche politische und verfassungsrechtliche Entscheidungen handelt. Das gilt in besonderem Maße für die Gewaltenteilung.

(37) Siehe hierzu im einzelnen: H.Peters in Gewaltentrennung (Hrsg.Rausch), S.84; Hahn, JöR NF Bd.14 (1965), S.25.

(38) Peters in Gewaltentrennung (Hrsg.Rausch), S.99 ff.

(39) M.Imboden bezeichnet die Machtbeschränkung als Sinn der Gewaltentrennung (Gewaltentrennung /Hrsg. Rausch/, S.487).

formalen Teilung der Staatsgewalt in drei unabhängige Organe, wie sie sich Montesquieu vorgestellt hat. Es gibt zahlreiche Überschneidungen, Verwischungen, Funktionsverlagerungen[40] [41]. Hinzu kommt die sogenannte vertikale Gewaltenteilung durch die föderalistische Struktur des Grundgesetzes[42].

Allgemein läßt sich ein starker Kompetenzzuwachs der dritten Gewalt gegenüber früheren Verfassungen feststellen: u.a. die Doppelstellung des Bundesverfassungsgerichts als Gericht und Verfassungsorgan, Art.19 Abs.4 GG, die gesamte Verwaltungsgerichtsbarkeit und das

---

(40) Im Verhältnis Exekutive-Legislative: z.B. nimmt die Exkutive rechtsetzende Aufgaben wahr durch das Verordnungsrecht des Art. 80 GG, umgekehrt hängt die Regierung in ihrem politischen Entscheidungsspielraum stark vom Parlament ab (Haushaltsplan, Mißtrauensvotum etc.); gegenseitige Durchdringung auch dadurch, daß die Regierungsmitglieder gleichzeitig Abgeordnete sind bzw. sein können.

Im Verhältnis Exekutive - Judikative: z.B. obliegt der Verwaltung das Ordnungs- und Steuerstrafrecht; Einfluß der Justizverwaltung. Andererseits kontrollieren die Gerichte Verwaltungsakte auf ihre Rechtmäßigkeit hin und heben sie gegebenenfalls auf.

Im Verhältnis Legislative - Judikative: die Richterwahlausschüsse, andererseits die Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gemäß § 31 Abs.2 BVerfGG und allgemein die Aufstellung abstrakter Obersätze durch die Gerichte - das Problem dieser Arbeit.

(41) Siehe hierzu Model-Müller, Grundgesetz, Art.20 Anm.6; H.Peters, aaO., S.85 ff.; Achterberg, Funktionenlehre, S.112, will daher den Begriff Gewaltenteilung ersetzt wissen durch den neuen Begriff "Funktionenordnung"; ähnlich: Tsatsos, Gewaltenteilung, S.81.

(42) Als verfassungsrechtliche Grundentscheidung dieser vertikalen Gewaltenteilung bezeichnet Achterberg, aaO., S.11of, das bundesstaatliche Prinzip, während es bei der eigentlichen, sogenannten horizontalen Gewaltenteilung das rechtsstaatliche Prinzip sei.

materielle Normenkontrollrecht des Art.100 GG zeugen hiervon(43). Diese Grundentscheidung ist in Zweifelsfragen zu berücksichtigen. Sie läßt sich daraus erklären, daß der moderne Staat im Gegensatz zur Monarchie bei Montesquieu dynamisch angelegt ist allein schon durch die Wirtschaftsordnung und die beherrschende Rolle der politischen Parteien, so daß die Idealvorstellung Montesquieus vom Schwebezustand der sich gegenseitig kontrollierenden Staatsgewalt nicht zu verwirklichen ist und die Verfassung Prioritäten setzen muß(44). Der Grundgesetzgeber hat aus den historischen Erfahrungen die Konsequenz gezogen, der Judikative ein Prüfungsrecht gegenüber Akten der Legislative und Exekutive einzuräumen. Im Verhältnis Legislative - Judikative stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Gerichte bei der Rechtsprechung den Gesichtspunkt der Gewaltenteilung zu beachten haben. Wenn der eigentliche Sinn der Gewaltenteilung nicht die formale Aufteilung der Staatsgewalt um eines Prinzips willen ist, sondern Sicherung des Freiheitsraumes des Bürgers gegen Machtmißbrauch und daher die Verwirklichung je nach den Gegebenheiten unter rational-politischen Gesichtspunkten zu erfolgen hat und auch dem Grundgesetz dieses Verständnis der Gewaltenteilung zu entnehmen ist, so liegt das Schwergewicht der grundgesetzlichen Regelungen auf dem Schutz der Judikative vor Beeinflussung durch die beiden anderen Ausformungen der staatlichen Gewalt sowie außerstaatlicher Organisationen. Die Gefahr eines Machtmißbrauches durch die Gerichte selbst steht nicht im Vordergrund, da umgekehrt die Unabhängigkeit der Gerichte historisch eindeutig den größeren Gefahren ausgesetzt gewesen ist.

---

(43) F.Werner, Richterstaat, S.17f; F.Baur, ZfRV 1962, S.168f; Habscheid verweist auf die Ethisierung des Rechts, Richter und Recht, S.12; siehe auch Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, S.231 ff.

(44) Kägi, aaO., S.220 ff.

§ 19

2) Gesetzgebungsprärogative der Legislative - Pflicht zur Gesetzgebung

Daraus läßt sich aber nicht folgern, daß das Gewaltenteilungsprinzip für das umgekehrte Verhältnis ohne Bedeutung ist. Das ergibt sich schon daraus, daß Art.92 GG den Gerichten die spezifische Aufgabe der Rechtsprechung, also Streitentscheidung zuweist. Andererseits läßt sich auch nicht feststellen, daß jede Form von Normsetzung ausschließlich der Legislative als Aufgabe zugewiesen ist. Ein solches abstraktes Prinzip formaler Trennung besteht wie dargelegt nicht. Im Verhältnis zur Exekutive zeigt das bereits Art.80 GG. Ein Abgrenzungskriterium läßt sich so nicht gewinnen(45)

Der VII. Abschnitt des Grundgesetzes weist dem Bundestag als Parlament in Verbindung mit der Zuständigkeit des Bundesrates sowie den Länderparlamenten die Gesetzgebung als Hauptaufgabe zu. Hier konzentriert sich die legislatorische Tätigkeit, durch abstrakt generelle gesetzliche Regelungen den gesamten Bereich der gesellschaftlichen Verhältnisse im Rahmen der Verfassung zu gestalten und zu steuern. Auch das Verordnungsrecht

(45) G.Karl, Grenzen zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung, S.87, sieht den entscheidenden Unterschied zwischen rechtsprechender und gesetzgeberischer Funktion darin, daß die Rechtsprechung allgemeine Rechtsgedanken und Prinzipien verwertet und nicht auch politische Zweckgesichtspunkte. Diese Ansicht, die wohl an Essers Theorie in Grundsatz und Norm, passim (siehe z.B. S.242 ff.) anknüpft, gibt aber kein Abgrenzungskriterium für diese Rechtsgrundsätze. Es bleibt offen, welcher Gesichtspunkt dafür maßgebend ist, einen Rechtsgrundsatz als geltend anzuerkennen, soweit er nicht aus dem Gesetz ablesbar ist. Die Formulierung "politische Zweckgesichtspunkte" will offenbar bestreiten, daß auch bei der richterlichen Tätigkeit rechtspolitische Gesichtspunkte maßgebend sein können.

der Regierung nach Art.80 GG bedarf gesetzlicher, d.h. legislatorischer Ermächtigung und muß sich im Rahmen dieser Ermächtigung bewegen. Die materielle Rechtsnormsetzung obliegt somit der Legislative, sie kann sie aber an die Exekutive im Rahmen des Art.80 GG delegieren. Es gibt also insofern kein Gesetzgebungsmonopol der Parlamente, wohl aber ein Vorrecht, eine Prärogative(46). Ähnlich ist es gegenüber der dritten Gewalt. Auch hier gibt es kein Monopol, wie bereits § 31 BVerfGG zeigt(47). Die dennoch vom Grundgesetz grundsätzlich durchgeführte Trennung der Gesetzgebung von der Rechtsprechung will weniger die Gefahr eines Machtmißbrauchs durch die Judikative bannen, als vielmehr demokratische Verantwortlichkeiten wahren und erhalten. Das Parlament als gewählte Volksvertretung soll zuständig sein für die grundsätzlichen politischen Entscheidungen, wie sie größtenteils durch die Gesetzgebung aufgrund von Mehrheitsverhältnissen getroffen werden. Die Mehrheit muß die Entscheidungen in der Öffentlichkeit verantworten und in Wahlen vertreten. Diese politische Legitimation fehlt den Richtern. Allerdings steht am Anfang eine politische Entscheidung. Nach Art.95 Abs.2 GG in Verbindung mit §§ 1, 2, 3, 4, 5 RichterwahlG werden die Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes von dem zuständigen Bundesminister gemeinsam mit dem Richterwahlausschuß berufen und vom Bundespräsidenten ernannt. Im Falle des Bundesarbeitsgerichts setzt sich der

---

(46) Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S.60f, 311; H.P.Schneider, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, S.34.

(47) Ebenso BVerfGE 25, 167(181).
F.Werner, Richterstaat, S.19, nennt die Gerichte in diesem Zusammenhang "zweite Gesetzgeber"; siehe auch Kriele, aaO.; H.P.Schneider, aaO.; Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, S.227 ff.; Germann, Methodische Grundfragen, S.44; ders., ZSR NF 68, S.440 ff.; ders., Präjudizien als Rechtsquelle, S.19f; Galperin in: Festschrift für Molitor, S.154; Säcker, Koalitionsfreiheit, S.101; ders., ZRP 1971, S.146; Spiro, Über den Gerichtsgebrauch, S.344; Mayer-Maly, RdA 1970, S.295f.

Ausschuß aus den Landesarbeitsministern und einer gleichen Anzahl von Mitgliedern zusammen, die der Bundestag für die Dauer der Legislaturperiode wählt. Die eigentliche richterliche Tätigkeit des Bundesarbeitsgerichts und der übrigen obersten Bundesgerichtshöfe unterliegt dagegen keiner Kontrolle. Die Richter können nicht abgewählt werden.

Das Vorrecht zur Normsetzung gilt somit auch gegenüber der Judikative und ist historisch immer anerkannt worden. Dagegen besteht insoweit ebenfalls kein Monopol; denn die Legislative kann niemals eine umfassende und vollständige normative Ordnung liefern, die für jeden zu entscheidenden Streitfall, der dem Richter vorliegt, die normative Regel vorher bereitstellt. Diese Erkenntnis von der Lücken- und Fehlerhaftigkeit des Gesetzes ist nicht neu. Nur der Gesetzespositivismus hat das Dogma von der Lückenlosigkeit des Gesetzes verkündet. Es ist aber klar, daß der Gesetzgeber nicht alle Konflikte und Interessengegensätze, die künftig entstehen können, im vorhinein erkennt und normativ regelt. Aus den Grundsätzen der Rechtssicherheit und des Rechtsverweigerungsverbotes kommt hier eine Aufgabe auf die Rechtsprechung zu als subsidiärer Gesetzgeber in den Fällen, in denen der Gesetzgeber eine erforderliche Regelung nicht treffen wollte oder konnte, jedenfalls nicht getroffen hat(48).
Eine Abgrenzung derart, daß der parlamentarische Gesetzgeber allein zur Normsetzung,die Rechtsprechung ausschließlich zur Streitentscheidung durch Rechtsanwendung berufen ist, läßt sich somit nicht durchführen(49).

Eine Abgrenzung der richterlichen Gewalt gegen die Legislative läßt sich nur mittelbar dahin vornehmen, daß der parlamentarische Gesetzgeber einerseits eine

---

(48) Siehe hierzu Kriele, aaO., S.60 ff.

(49) Allgemein zu dieser Abgrenzung: Arndt, NJW 1963, S.1273.

Gesetzgebungsprärogative hat und andererseits eine Pflicht zur Gesetzgebung. Diese Pflicht zur Gesetzgebung folgt ebenfalls aus der grundgesetzlichen Regelung der Gewaltenteilung. Die Gesetzgebungsaufgabe des Parlaments soll nach den Vorstellungen des Grundgesetzes von diesem selbst wahrgenommen und nicht an die Judikative delegiert werden. Nur wenn die Legislative zumindest die rechtspolitisch grundlegenden Entscheidungen trifft, wird sie der Funktionsverteilung des Grundgesetzes gerecht(50).

Wie weit diese Gesetzgebungspflicht reicht, läßt sich nicht allgemein sagen. Der Gesetzgeber hat ein sehr weitgehendes Ermessen, wann er eine Frage für regelungsreif hält und wann er dafür eine Mehrheit zu haben glaubt. Wenn man von der Sonderstellung des Bundesverfassungsgerichts absieht(51), so hat die Rechtsprechung allerdings keine verfassungsmäßig eingeräumte Befugnis, die Einhaltung dieser Pflicht durchzusetzen, die insofern sanktionslos ist. Wenn also der Gesetzgeber schweigt, obwohl er eine Regelung hätte treffen müssen, so muß die Rechtsprechung das zur Kenntnis nehmen. Aus dem Gewaltenteilungsprinzip folgt nicht, daß der Richter nicht entscheiden darf, da die Legislative nur eine Gesetzgebungsprärogative hat, keine Monopolstellung. Vielmehr zwingen die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Rechtsverweigerungsverbots den Richter dazu, den Streitfall zu entscheiden und hierfür Obersätze aufzustellen, deren Wertungen dem Gesetz nicht oder nicht unmittelbar zu entnehmen sind. Aus ihnen ist die eigentliche Fallösung abzuleiten.
Aus der hier vertretenen Ansicht einer Gesetzgebungsprärogative der Legislative verbunden mit einer

---

(50) Ebenso Habscheid, aaO., S.22; W.Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, S.236 (allerdings zu weitgehend); H.-J.Hirsch, JR 1966, S.340; siehe auch BGH NJW 1971, S.1172.

(51) Siehe hierzu BVerfG aaO.

Gesetzgebungspflicht folgt noch ein Weiteres. Bei Kriele klingt eine Art Parallele zum Verhältnis Bund - Länder bei der konkurrierenden Gesetzgebung an, wenn er sagt: "Soweit jedoch der Gesetzgeber von seiner Prärogative keinen Gebrauch machte, fand oder schuf der Richter das ... Recht."(52). Eine solche Parallele scheitert daran, daß die Länderparlamente gleichermaßen Legislative sind wie der Bundestag. Art.72, 74 GG regeln diese "konkurrierende" Gesetzgebungsbefugnis dahin, daß die Länder in diesem Bereich, der genauer in Art. 74 GG abgegrenzt ist, legislativ umfassend tätig werden können, soweit und solange der Bund keine Regelung trifft. Demgegenüber kann der Richter immer nur im Rahmen seiner Aufgabe der Streitentscheidung und der weiter zu beachtenden Grundsätze der Rechtssicherheit und des Rechtsverweigerungsverbotes tätig werden und insoweit abstrakte Sätze aufstellen. An weitergehenden, umfassenderen Regelungen sieht er sich gehindert durch die Gewaltenteilung, der es hier vor allem darum geht, die demokratischen und politischen Verantwortlichkeiten zu wahren. Der Richter soll nur hilfsweise tätig werden, um seiner eigenen Aufgabe überhaupt gerecht werden zu können, er soll dagegen den Gesetzgeber nicht von seiner Pflicht zur Gesetzgebung befreien(53).

§ 20

3) Bindung an Gesetz und Recht

Bevor der Richter eigene Rechtssätze aufstellt, aus denen er den Streitfall entscheidet, muß er prüfen, ob sich gesetzliche Regelungen oder allgemeine Wer-

---

(52) Kriele, aaO., S.60, 311.

(53) Ebenso H.P.Schneider, Richterrecht, Gesetzesrecht, Verfassungsrecht, S.31f.

tungen finden, mit deren Hilfe eine Entscheidung des Streitfalles möglich ist. Insoweit macht es keinen Unterschied, ob man wie hier annimmt, die Legislative habe nur eine Gesetzgebungsprärogative, oder ob man dem Richter jede Normsetzungsbefugnis generell absprechen will. Soweit der Gesetzgeber geregelt hat, hat der Richter sich daran zu halten. Diese richterliche Bindung an das Gesetz ist in Art.20 Abs.3, 97 Abs.1 GG positiv geregelt. Problematisch an dieser Bindung ist zweierlei. Einmal ist streitig, was in Art.20 Abs.3 GG gemeint ist, wenn von einer Bindung "an Gesetz und Recht" die Rede ist. Hauptsächlich versteht man dieses Gegensatzpaar als geschriebenes und ungeschriebenes Recht oder Gesetz im formellen und im materiellen Sinne(54).

Zum Teil wird darin auch der Gegensatz von gesetzlichem Unrecht und übergesetzlichem Recht als Reaktion auf nationalsozialistisches Unrecht gesehen(55).

Stein unterscheidet dreierlei:

a) Bindung an das positive Gesetz,
b) Bindung an die Grundrechte,
c) Bindung an die freiheitlich-demokratische Grundordnung, und damit auch an verfassungs-rechtliche Grundsätze und politische Grundentscheidungen der Verfassung(56).

Dieser Frage kann nicht im einzelnen nachgegangen werden, da sie nicht Gegenstand der Untersuchung ist. Wichtig ist, daß Einigkeit darüber besteht, daß Art.20 Abs.3 GG das auf Gewaltenteilung beruhende Rechtsstaatprinzip zentral verankert hat. Hierzu gehört es, daß

---

(54) Bettermann in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Grundrechte Bd.3, 2.Halbb., S.531f; Forsthoff, DÖV 1959, S.41.

(55) So: v.Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 20 Anm.VI, 4 f; siehe schon Radbruch, SJZ 1946, Sp.105(107).

(56) E.Stein, NJW 1964, S.1748.

die rechtsprechende ebenso wie die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht als den Inbegriff der Rechts- und Verfassungsordnung gebunden ist. Noch deutlicher wird die Herkunft aus dem und Verankerung in dem Gewaltenteilungsprinzip in Art.97 Abs.1 GG. Danach ist der Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Die Abhängigkeit von der ersten und zweiten Gewalt besteht nur in der Bindung an das positive Gesetz (Gesetz und Verordnung), eine andere Beeinflussung soll nicht möglich sein.

Daraus folgt weiter, daß Art.20 Abs.3, 97 Abs.1 GG eine weitergehende Aussage im Hinblick auf die Frage der Bindungswirkung richterlicher Rechtssätze gegenüber der dritten Gewalt selbst und dem Rechtsverkehr nicht enthalten. Eine materielle Bindung kann sich, soweit sie nicht in Einzelfällen wie zum Beispiel im Revisionsrecht positiv geregelt ist, möglicherweise mittelbar aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit ergeben, die wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaates ist. Jedenfalls läßt sich aus der in Art.20 Abs.3 GG geforderten Bindung an Gesetz und Recht keine Bindung an richterliche Obersätze im Sinne von Präjudizien herleiten. Ein solches Präjudizienrecht würde leicht zu einer Erstarrung der Rechtsordnung führen und entspricht auch nicht der historischen Rechtsentwicklung(57).

Die andere Frage ist die, wie weit die gesetzliche Bindung reicht, wo die Grenzen liegen und welche Kriterien maßgebend sind, Hierauf gibt das Grundgesetz keine genauere Antwort. Da eine Bindung nur so weit reichen kann, als eine gesetzliche Regelung oder Wertung vorhanden ist, gewinnt hier die Gesetzesanwendung und Auslegung bzw. die Ermittlung des gesetzgeberischen Willens im Hinblick auf den zu entscheidenden Fall

---

(57) Im Ergebnis ebenso: H.P.Schneider, aaO., S.12; für Art.97 Abs.1 GG so entschieden vom Bundesverfassungsgericht,(Entscheidung vom 17.1.1961 in Bd.12, 67 /71/).

Bedeutung. Bevor der Rechtsanwender zum Ergebnis kommt, daß sich für den Anlaßfall keine Regelung findet, muß er das positive Recht prüfen und interpretieren. Im folgenden soll daher untersucht werden, in welchem Umfang der Richter bei der Rechtsprechung gesetzliche Wertungen zu beachten hat und wie weit der Spielraum für eigene Wertungen reicht; denn im Bereich richterlicher Eigenwertung wird man auch die richterliche Normsetzung zu suchen und zu prüfen haben(58).

(58) Auch das Bundesarbeitsgericht erkennt die Bindung an das Gesetz grundsätzlich an als Bestandteil des nach dem Grundgesetz verbindlichen Gewaltenteilungsprinzips: siehe ausdrücklich BAG AP Nr.4 zu § 11 KSchG; AP Nr.4 zu § 66 BetrVG; AP Nr.22 zu § 616 BGB; AP Nr.2 zu § 143 d AVAVG; AP Nr.7 zu § 76 BetrVG (Bl.3).

III. Kapitel: Raum für richterliche Wertungen

§ 21

1) Feststellung des Sachverhalts

Im folgenden soll der Raum für richterliche Wertungen näher dargelegt werden. Nur in diesem Bereich können richterliche Normen gebildet werden. Daß die richterliche Tätigkeit nicht nur logische Subsumtion eines Sachverhalts unter eine gesetzlich gegebene Norm ist, sondern auch und in erster Linie Wertung, ist bereits betont worden und kann als gesicherte Erkenntnis gelten. Um den Umfang dieser richterlichen Wertungen aufzuzeigen, soll mit der Sachverhaltsfeststellung begonnen werden. Bereits und gerade hier beginnt das Mißverständnis von der wertungsfreien Tätigkeit des Richters. Obwohl zu dieser Frage Untersuchungen vorliegen(59), besteht vielfach die Vorstellung, der Sachverhalt eines Rechtsstreits sei vorgegeben und von der richterlichen "Bearbeitung" ausgeschlossen(60). Der Sachverhalt wie

---

(59) Siehe hierzu: Engisch, Logische Studien, S.13 ff.; Hruschka, Die Konstitution des Rechtsfalles, S.20 ff.; Larenz, Methodenlehre, S.233 ff.; H.P.Schneider, aaO., S.24 ff.; Henke, Die Tatfrage, S.139; Esser, Grundsatz und Norm, S.261f; ders., Vorverständnis, S.28; ders.in: Studium generale 1954, S.373; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S.161 ff, 197f; Scheuerle, Rechtsanwendung, S.23; W.Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, S.249f; Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, S.1 Anm.3; Horn, NJW 1967, S.604.

(60) So z.B.: Enneccerus-Nipperdey, Allg.Teil des BGB, Bd.I § 51 IV (S.311 ff.); "Die Rechtsanwendung besteht darin, daß ein Lebenstatbestand unter die maßgebende Rechtsregel subsumiert wird, so daß sich eine bestimmte Rechtsfolge ergibt. Es ist daher zunächst der Lebenstatbestand (der Sachverhalt) festzustellen. Hierüber sind im Prozeßrecht Grundsätze vorhanden. Alsdann gilt es, um die richtige Subsumtion vorzunehmen, die maßgebenden Rechtsnormen zu finden und ihren Sinn zu bestimmen.".

er der rechtlichen Begutachtung zugrunde liege, sei also identisch mit dem Lebenssachverhalt des Falles und brauche nur festgestellt zu werden[61]. Eine solche Identität besteht dagegen nicht, vielmehr ist der Sachverhalt ein Ausschnitt und Auswahlergebnis aus dem gesamten Lebenssachverhalt. Dem Richter bietet sich ein ungeordnetes und häufig verwirrendes Bild der tatsächlichen Vorfälle, die zum Rechtsstreit geführt haben und diesen ausmachen. Er muß diesen "Streitstoff" sichten und auf die Tatsachen hin ordnen, die für die rechtliche Beurteilung von Bedeutung sein können. Damit steht hier bereits die Vorstellung der rechtlichen Beurteilung im Hintergrund, auf die hin die Tatsachenauswahl erfolgt. Die Tatsachenfeststellung ist daher bereits Rechtsanwendung, obwohl die eigentliche rechtliche Beurteilung noch nicht begonnen hat. Diesen komplizierten Vorgang hat Engisch treffend als "Hin- und Herwandern des Blickes" beschrieben. Larenz spricht von einem "Urteils-, Deutungs- und Ausleseverfahren", Scheuerle von einer "wechselseitigen Durchdringung zwischen den Akten der Tatsachenfeststellung und denen der rechtlichen Qualifizierung[62].

Im Stadium des Berichtes, den der Berichterstatter dem Gericht zu erstatten hat und zur Grundlage des sich anschließenden Gutachtens macht[63], erstreckt sich die Vorauswahl noch auf die Tatsachen, die möglicherweise entscheidungserheblich werden können. Der Tatbestand des Urteils beschränkt sich nur noch auf die Tatsachen,

---

(61) Hruschka, aaO., S.12, unterscheidet den Sachverhalt im obigen Sinne vom "Lebensverhalt". Ich halte den Begriff "Lebenssachverhalt" stattdessen für schlichter und klarer, insbesondere da er auch in der Umgangssprache verwendet wird. Larenz, Methodenlehre, S.235, spricht von Rohsachverhalt.

(62) Engisch, aaO., S.15; Larenz, aaO., S.234; Scheuerle, aaO.

(63) Auf Zweck und Problematik von "Bericht und Gutachten" ist hier nicht einzugehen.

die für die rechtliche Begründung der Entscheidung wesentlich sind[64].

Die in dieser richterlichen Tätigkeit liegende Wertung kann allerdings nicht die Grundlage richterlicher Normsetzung bilden. Die Feststellung des Sachverhalts, auch wenn sie die wertende Vorwegnahme der rechtlichen Beurteilung erforderlich macht, hat immer nur Bedeutung für den Einzelfall, der zur Entscheidung ansteht. Die Wertung erfolgt hier auf der Stufe des Untersatzes, während Beachtung über den Anlaßfall hinaus nur der Obersatz und die damit verbundenen Ausführungen finden sollten. Hinzu kommt, daß Gegenstand dieser Untersuchung die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist, also der Revisionsinstanz, die als solche ohnehin nicht zur Tatsachenfeststellung befugt ist. Immerhin zeigt sich, daß auch dieser Teil des Subsumtionsvorganges kein lediglich logisch nachvollziehbarer Prozeß ist.

Damit soll allerdings nicht gesagt werden, daß eine Unterscheidung von Tat- und Rechtsfrage nicht möglich und nicht nötig sei. Henke weist zu Recht darauf hin, daß ohne Trennung von Tatsachenfeststellung und rechtlicher Würdigung eine Nachprüfung durch die Revisionsinstanz unmöglich wird[65]. Dementsprechend sieht das Bundesarbeitsgericht in einer Vermengung von tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Erwägungen, die keine klare Sachverhaltsfeststellung mehr erkennen läßt, einen Verstoß gegen § 313 Abs.1 Nr.3 und 4 ZPO[66]. Trotz der gegenseitigen Beeinflussung von Tatsachenfeststellung und rechtlicher Bewertung kommt es also darauf an, die Trennung erkennbar werden zu lassen, um

---

(64) Die herkömmliche Bezeichnung "Relation" für Bericht und Gutachten deutet auf die wechselseitige Beziehung von Sachverhalt und rechtlicher Beurteilung hin.

(65) Henke, aaO., S.140.

(66) BAG AP Nr.6 zu § 1 KSchG, zust. Anm. von A.Hueck; ähnlich BAG AP Nr.1 zu § 161 ZPO, zust.Anm. von Pohle; BAG AP Nr.1 zu § 92 HGB, zust.Anm. von E.Klingmüller.

eine rechtliche Überprüfung zu ermöglichen. Schon hier zeigt sich, daß die Feststellung, richterliche Tätigkeit komme ohne eigene Wertung nicht aus und sei damit mehr als ein logischer Denkprozeß, nicht zu dem Schluß führt, ein Nachvollziehen einer richterlichen Entscheidung und damit eine Kontrolle sei dann nicht mehr möglich. Gerade deswegen betont das Bundesarbeitsgericht auch die Trennung von Sachverhaltsfeststellungen und rechtlichen Erwägungen, da sonst die Gefahr einer reinen Billigkeits- oder Kadijustiz droht.

§ 22

2) Bildung von Obersätzen

Der eigentliche Raum für die richterliche Regelbildung ist in den Obersätzen der Entscheidung zu finden; denn im Obersatz wird die allgemeine Regel aufgestellt, aus der die rechtliche Lösung des Streitfalles hergeleitet wird. Dieses Entscheidungsaufbaus bedient sich nicht nur das Revisionsgericht, sondern jeder Richter. Grundsätzlich entnimmt der Richter den Obersatz eines positivgesetzlichen Norm und wendet sie auf den zu entscheidenden Fall an. Insoweit dürfte also eine richterliche Eigenwertung nicht möglich sein. Dieser Satz ist aber in solcher Allgemeinheit schon nicht richtig. Da eine gesetzliche Norm eine abstrakt-allgemeine Regelung enthält(67), erfaßt der Anwendungsbereich in aller Regel(68) erheblich mehr Fälle als den Streitfall. Damit ergibt sich regelmäßig die Frage, ob der Streitfall unter die Norm fällt und welche Lösung er durch diese

(67) Zur Frage, inwieweit unvollständige Rechtssätze wie z.B. § 90 BGB, die selbst keine Geltungsanordnung enthalten, in Verbindung mit anderen Rechtssätzen eine Regelung treffen, siehe Larenz, Methodenlehre, S.193 ff.

(68) Von den Ausnahmefällen der sogenannten Maßnahmegesetze abgesehen.

erfährt. Die Beantwortung erfordert somit eine wertende Beurteilung der Norm und der in ihr getroffenen Wertentscheidung und der konkreten Auswirkung auf den Entscheidungsfall[69]. Der hierbei dem Richter zur Verfügung stehende Wertungsspielraum ist sicher unterschiedlich groß. Er kann außerordentlich weit sein wie bei den Generalklauseln[70], er kann enger sein, unter Umständen auch praktisch wegfallen, weil über Sinn und Zweck einer Norm Klarheit und Einigkeit besteht. Immerhin bedarf es auch im letzten Fall der wertenden Entscheidung, daß eine gesetzliche Regel klar sei und im so verstandenen Wortlaut Anwendung findet. Daher ist die Theorie, daß bei eindeutigem Wortlaut eine Auslegung des Gesetzes nicht möglich sei und damit auch eine richterliche Wertung ausscheide, verfehlt, auch wenn es in der Praxis manchmal darauf hinauslaufen mag. Der Hinweis auf die Zahlbegriffe[71] ändert daran nichts, da es sich nur um einen einzelnen Begriff, keine vollständige Norm handelt. Grundsätzlich entscheidet der Richter selbst anhand allgemeiner Auslegungskriterien, ob eine gesetzliche Norm eindeutig ist oder der weiteren Auslegung bedarf[72] [73].

---

(69) Ebenso: BAG AP Nr.1 zu § 56 BetrVG; BAG AP Nr.3 zu § 96 ArbGG 1953.

(70) Siehe unten § 24 (S. 84ff.).

(71) Engisch, Juristisches Denken, S.108; Th.Vogel, Richterliche Bindung, S.32.

(72) Wie hier und gegen die sogenannte sens-clair-Doktrin: Esser, Grundsatz und Norm, S.178f, 253f; ders. in: Studium Generale 1954, S.375; Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, S.41f,131f; Galperin, Rechtsfortbildung, S.8; G. und D.Reinicke, NJW 1951, S.682 ("Es ist leichter und sicherer, zu erkennen, welche Interessenabwägungen den gesetzlichen Vorschriften zugrunde liegen, als die Entscheidung, ob der Wortlaut eines Gesetzes eindeutig sei."); dies., NJW 1952, S.1034; dies., NJW 1955, S.1683; Säcker, Koalitionsfreiheit, S.107; Rüthers, SAE 1964, S.50; Zimmermann, NJW 1955, S.1088; Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S.108.

(73) Die praktische Bedeutung dieses Theorienstreits ist gering. Wenn nämlich der Rechtsanwender ausdrücklich erklärt, der Wortlaut des Gesetzes sei eindeu-

Der Begriff des Obersatzes darf nicht verwechselt werden mit dem des tragenden Rechtssatzes. Auch etwas beiläufig Gesagtes gehört in der Regel zum Obersatz. Im Unterschied zum tragenden Rechtssatz erlaubt es nur nicht eine unmittelbare Lösung des Falles, da es sich um einführende, ergänzende, erläuternde oder sonst den die Entscheidung tragenden Rechtssatz unterstützende Rechtsausführungen handelt(74).

---

tig, eine Auslegung daher nicht möglich, so bedeutet das lediglich, daß der Anwender der Ansicht ist, der "eindeutige Wortlaut" entspreche dem Willen des Gesetzgebers und führe zu einem billigenswerten Ergebnis. Die Auslegung ist also bereits vorgenommen worden.
Das wird auch in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts deutlich, es bleibt keineswegs bei der "sens-clair-Doktrin" stehen, sondern bedient sich der verschiedenen Auslegungsmittel, um die eigentliche Wertentscheidung des Gesetzgebers zu ermitteln: siehe z.B. BAG AP Nr.3 zu § 10 MuSchG. Dem steht die Entscheidung BAG AP Nr.4 zu § 11 KSchG, in der unter Berufung auf den eindeutigen Wortlaut eine abändernde Entscheidung abgelehnt wird, nicht entgegen: hier ist im Grunde die Auslegung nach dem Willen des Gesetzgebers vorausgegangen und dann eine Entscheidung contra legem abgelehnt worden. Die Kritik von Zimmermann aaO. mit ihrem richtigen methodischen Ausgangspunkt wird der Entscheidung daher nicht gerecht. Weitere Beispiele, in denen das Bundesarbeitsgericht dem Wortlaut des Gesetzes folgt und dennoch das Ergebnis durch weitere Auslegung rechtfertigt: Nachweise bei G. und D.Reinicke, NJW 1955, S.1383 Anm. 39; siehe auch BAG AP Nr.2 zu § 1 TVG Auslegung: "Höher als der Wortlaut steht der Sinn und Zweck der Bestimmung selbst"; ebenso BAG AP Nr.1 zu § 18 BundVersAngestG f.Angest.

(74) Siehe BAG AP Nr.3, 4, 35, 46, 53, 54 zu § 72 ArbGG 1953; BAG AP Nr.11 zu § 66 BetrVG.

§ 23

3) Gesetzesanwendung - Gesetzesauslegung

Wenn eben im Zusammenhang mit der Ermittlung des Normsinnes vom richterlichen Wertungsspielraum die Rede war, so soll damit nicht gesagt werden, daß der Richter an die Stelle der Wertentscheidung des Gesetzgebers seine eigene setzen darf. Er soll vielmehr bei der Gesetzesanwendung den Willen des Gesetzgebers beachten und zur Wirksamkeit verhelfen. Da eine wortwörtliche Gesetzesanwendung im Sinne der sens-clair-Doktrin diesem Ziel nicht gerecht wird, vor allem wenn der zu ermittelnde gesetzgeberische Wille nur einen ungenügenden Ausdruck im Text gefunden hat, so kann im folgenden auf die Unterscheidung von Gesetzesanwendung und Gesetzesauslegung verzichtet werden. Gesetzesanwendung ist immer zugleich Interpretation, Auslegung(75). Ziel jeder Gesetzesauslegung ist also in erster Linie, den Inhalt einer gesetzlichen Bestimmung zu ermitteln; denn die aus der Gewaltenteilung folgende Bindung des Richters an das Gesetz verpflichtet diesen zunächst, den Gesetzesinhalt festzustellen, um dann weiter zu fragen, ob der Streitfall hiervon erfaßt wird und welche Entscheidung daraus folgt.

Hier liegt Aufgabe und Bedeutung der juristischen Auslegungslehren und damit allgemein der juristischen Methodenlehre: Es soll der Inhalt einer Gesetzesnorm ermittelt werden, und zwar konkret im Hinblick auf den Entscheidungsfall(76). Die Schwierigkeiten der Auslegung

(75) Esser, Grundsatz und Norm, S.253; BAG AP Nr.8 zu § 72 ArbGG 1953 Divergenzrevision.

(76) In der allgemeinen Hermeneutik heißt dieser Vorgang Applikation; siehe Gadamer, Wahrheit und Methode, S.312; dieser Begriff ist auch von der juristischen Hermeneutik übernommen worden: siehe F.Müller, Normstruktur und Normativität, S.47 ff.; H.P.Schneider, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, S.25.

die in den Geisteswissenschaften allgemein und einheitlich bestehen[77], liegen vor allem in der zeitbedingten Veränderlichkeit des sprachlichen Inhalts. Hinzu kommen die Anpassungsschwierigkeiten, die sich daraus ergeben, daß sich der Regelungsgegenstand einer Norm geändert hat, weggefallen ist und daß neue auftauchen. Bei der Lösung dieser Probleme sind vier Elemente von Bedeutung:

a) das sprachlich-grammatikalische Element,
b) das logisch-systematische Element,
c) das historische Element,
d) das teleologische Element[78].

Diese Elemente beachtet im Grunde jede Auslegungslehre, die einzelnen Richtungen unterscheiden sich nur durch die Verteilung der Gewichte. Es haben sich vor allem drei Richtungen herausgebildet:

1) die historische oder subjektive Methode, die heute als subjektiv-teleologische Methode vertreten wird[79],

2) die objektiv-teleologische Methode,

3) die topische Methode.

---

(77) Gadamer, aaO., S.311, der dementsprechend von einer Einheit des hermeneutischen Problems ausgeht.

(78) Die frühere Einteilung in das grammatische, logische, historische und systematische Element geht auf Savigny zurück. Savigny lehnte eine teleologische Auslegung ab, da der Richter nur das beachten dürfe, was der Gesetzgeber angeordnet habe, nicht, was er bezweckt habe. Siehe hierzu Larenz, Methodenlehre, S.11, außerdem S.301 ff.

(79) Viele Angriffe gegen die subjektive Methode heute übersehen, daß diese Richtung nicht bei der historischen Betrachtung stehen bleibt, sondern ebenfalls den teleologischen Aspekt nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung und Einfluß veränderter tatsächlicher Voraussetzungen hierauf beachtet; siehe z.B. Germann, Rechtsfindung, S.74 ff.

Die subjektive Lehre erforscht anhand der Materialien sowie der übrigen Auslegungselemente den Willen des historischen Gesetzgebers und damit den historischen Normzweck. Sie prüft weiter, ob sich die tatsächliche Lage, wie sie durch die Norm geregelt werden sollte, geändert hat und ob eine Anpassung an diese veränderten Umstände erforderlich ist. Für diesen Fall stellt sie fest, ob sich Wertungen des heutigen Gesetzgebers aus ähnlich gelagerten Regelungsgegenständen finden lassen oder zumindest fernwirkende Wertungen, die eine solche Anpassung ermöglichen(80). Diese Lehre ist vor allem von der Interessenjurisprudenz entwickelt worden. Insbesondere Philipp Heck forderte, daß Gesetze teleologisch auszulegen seien auf der Grundlage der mit ihnen verfolgten Zwecke und Interessen, denn die Gesetze sollten gesellschaftliche Interessengegensätze nach einer bestimmten rechts- und gesellschaftspolitischen Zielvorstellung steuern und seien gleichzeitig selbst Interessenprodukte(81) (82).

---

(80) Als Vertreter der subjektiven Auslegungslehre gelten heute u.a.: Enneccerus-Nipperdey, AT, 1.Halbb. § 54 II (S.324 ff.); Zimmermann, NJW 1956, S.1262 ff.; Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, S.182; Säcker, Koalitionsfreiheit, S.109 Anm.251; G. und D.Reinicke, NJW 1955, S.1380 ff.; Brox, aaO., S. 106 ff.; Bender, JZ 1957, S.593(598f); ders., MDR 1959, S.441(444f); Lehmann-Hübner, AT, S.61; Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S.126 ff.; Roth-Stielow, Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz, S.57 ff., 67f; Liver, Der Wille des Gesetzes, S.28; weiterführend: Mennicken, Das Ziel der Gesetzesauslegung, S.78 ff.
Der subjektiven Methode zustimmend: Betti, Allgemeine Auslegungslehre, S.609, 626 ff. Die Inanspruchnahme Bettis für die objektive Methode durch Larenz, Methodenlehre, S.34/35 Anm.1, ist verfehlt.

(81) Problematisch an dieser Methode ist die Ermittlung des historischen Gesetzgeberwillens, der oft nicht mit Sicherheit aus den Gesetzesmaterialien zu entnehmen ist.

(82) Ph.Heck (red. von Dubischar 1968): Das Problem der Rechtsgewinnung, S.33 ff., Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S.52 ff., 69 ff., 72 ff., 85 ff., 130 ff.; Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S.144 ff., 151 ff.

Die objektiv-teleologische Lehre geht davon aus, daß sich der Gesetzestext mit seiner Verkündung von seinem Urheber löst und ein Eigenleben entfaltet. Auf die gesetzgeberischen Motive für die Regelung komme es somit nicht maßgebend an. Wichtig sei der für den Jetztzeitpunkt teleologisch zu ermittelnde, dem Gesetz immanente objektiv-vernünftige Sinngehalt, der "Wille des Gesetzes". Diese Methode erleichtert eine zeitgemäße Auslegung und Anpassung des Gesetzes; sie hat aber den Nachteil, daß der gesetzgeberische Zweck vernachlässigt und der Wille des Rechtsanwenders, bezeichnet als Wille des Gesetzes, über den des Gesetzgebers gestellt werden kann(83) (84).

Die topische Lehre zieht aus der Tatsache, daß in der Rechtsanwendung ein stark rhetorisches Element enthalten ist, weil regelmäßig mehrere, verschieden starke Argumente herangezogen werden, um eine Entscheidung zu begründen, den Schluß, daß bei einem bestimmten sozialen Interessenkonflikt immer das am meisten überzeugende Argument siegt. Danach hat sich auch die Fallösung zu richten. Nicht das Gesetz ist entscheidend, sondern die

---

(83) Wenn Binding, Handbuch des Strafrechts, S.454, sagt, das Gesetz sei "oft klüger, oft weniger klug als sein Schöpfer, oft reicher, oft ärmer als dessen Gedanken", so muß es statt "Gesetz" "Richter" oder "Rechtsanwender" heißen, da das Gesetz aus sich selbst heraus keinen über den ihm vom Gesetzgeber beigegebenen Sinn hinaus entwickeln kann.

(84) Die objektive Methode wird heute u.a. vertreten von Westermann, Richterliche Streitentscheidung, S.21 ff.; Germann, Rechtsfindung, S.74 ff.; ders., Methodische Grundfragen, S.17; Reichel, Gesetz und Richterspruch, S.68 ff., 77 ff." Zweigert, DVBl.1958, S.738; Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, S.4 ff.; Forsthoff, Recht und Sprache, S.11 ff.; Radbruch, Einführung, S.254; vermittelnd Larenz, Methodenlehre, S.296 ff.
Wenn Engisch, Juristisches Denken, Anm.96a, meint, auch A.Arndt, NJW 1963, S.1273 ff., habe sich den Vertretern der objektiven Theorie zugesellt, so ist das unverständlich. Arndt bezeichnet diese Methode als "juristische Quacksalberei und Selbsttäuschung".

durch Fallvergleichung, juristischen Sachverstand und Interessenabwägung zu ermittelnde sachgerechte und überzeugende Streitentscheidung. Sie orientiert sich am Problem[85]. Diese Lehre hat den Vorteil fallgerechter Lösungen, dagegen den Nachteil, daß die Bindung des Richters an das Gesetz keinen Entscheidungsmaßstab mehr bilden kann. Im Vordergrund steht das volitive Element der richterlichen Eigenwertung, so daß die Voraussehbarkeit der Entscheidung als Teil der Rechtssicherheit weitgehend beseitigt ist.
Von diesen drei Lehren dürfte sich allgemein die Erkenntnis der Interessenjurisprudenz von den zugrunde liegenden Zwecken und Interessen, die zur Gesetzesauslegung ermittelt werden müssen, durchgesetzt haben. Im übrigen werden alle drei Ansichten in der Literatur in teilweise auch abgewandelter oder vermittelnder Form vertreten.

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts betont gleichfalls die Bedeutung der zugrunde liegenden Zwekke und Interessen für die Gesetzesauslegung. G. und D.Reinicke versuchen darüber hinaus, die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts für die von ihnen vertretene subjektive Methode anzuführen[86]. Dieses Bemühen überzeugt jedoch nicht. Es lassen sich ebenso auch Entscheidungen finden, die die objektive Lehre für sich in Anspruch nehmen könnte[87]. Damit bestätigt sich

---

(85) Diese Richtung wird vor allem vertreten von Viehweg, Topik und Jurisprudenz, S.17f; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S.114 ff.; Coing, Juristische Auslegungsmethoden, S.21 ff.; Esser, Grundsatz und Norm, S.48 ff., 218 ff.; Horn, NJW 1967, S.601 ff.

(86) NJW 1955, S.1380 ff., 1662 ff.

(87) So führt das Bundesarbeitsgericht z.B. in AP Nr.22 zu § 66 BetrVG aus: "Für die Auslegung eines Gesetzes sind jedoch Meinungsäußerungen einzelner am Gesetzgebungsverfahren beteiligter Organe oder Personen zwar als Teile der Entstehungsgeschichte u.U. für die Auslegung von Bedeutung, hier aber nicht entscheidend. Mit seiner Verkündung führt das Gesetz ein von den jeweiligen Gesetzesorganen unab-

die Erfahrung, daß die Rechtsprechung allgemein einem Methodensynkretismus folgt, d.h. sie wählt jeweils die Auslegungsmethode, die ihr am besten geeignet erscheint, zu einer sachgerechten Lösung zu kommen. Eine eindeutige und allgemeine Stellungnahme des Bundesarbeitsgerichts zu diesem Methodenstreit gibt es nicht.

Wichtig für die hier vorzunehmende Untersuchung ist - und darin sind sich die drei Methoden mit der Rechtsprechung einig -, daß auch die Ermittlung des Inhalts einer gesetzlichen Bestimmung durch Auslegung bereits selbst volitive, wertende Elemente enthält. Auch wenn im Vordergrund jeder Gesetzesauslegung die gesetzlichen Wertungen stehen, so lassen die gesetzlichen Bestimmungen einen mehr oder weniger großen Spielraum für die richterliche Eigenwertung zu. Gesetzliche Normen sind allgemeine Regeln, die nicht so konkret sein können, daß immer nur eine Entscheidung im Einzelfall richtig sein kann(88). Wenn das Gesetz zum Beispiel in § 611 BGB bestimmt, daß durch den Dienstvertrag derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der ver-

---

hängiges Dasein und wird ein Bestandteil der allgemeinen Rechtsordnung. Für die Auslegung einer gesetzlichen Bestimmung kommt es deshalb in erster Linie auf ihre systematische Stellung im Gesetz und ihren Zusammenhang mit der Gesamtrechtsordnung an." Dem zustimmend im Sinne der objektiven Methode Anm. von Neumann-Duisberg in AP. Auch die vom Bundesarbeitsgericht vertretene "Andeutungstheorie", wonach die Gebotsvorstellungen des Gesetzgebers zumindest andeutungsweise im Gesetzeswortlaut enthalten sein müßten, ist mit der subjektiven Methode nicht vereinbar (derselben Ansicht Brox, aaO., S.108): siehe BAG AP Nr.3 (mit zust. Anm. von Tophoven), Nr.4 und 10 (jeweils mit zust. Anm. von Neumann-Duisberg), Nr.12, 13 und 63 (jeweils mit zust.Anm. von Tophoven), Nr.80, 96, 105, 116 und 117 zu § 1 TVG Auslegung; AP Nr.11 und 12 zu § 611 BGB Urlaubsrecht, AP Nr.5 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

(88) Ebenso BAG AP Nr.1 zu § 56 BetrVG; AP Nr.3 zu § 96 ArbGG 1953; a.A. Westermann, Richterliche Streitentscheidung, S.22 ff.

sprochenen Dienste verpflichtet sei, so ergibt sich daraus für den Richter noch nicht ohne weiteres die Lösung der Frage, ob der Arbeitnehmer, der in einer Fabrik arbeitet, bei Produktionsstillstand infolge Maschinenreparatur seinen Lohnanspruch behält. Sie hängt in erster Linie davon ab, welche Bedeutung diese Vorschrift für die Arbeitspflichten im Rahmen des Arbeitsvertrages hat. Die mit dieser Frage zusammenhängende Problematik der Betriebsrisikolehre soll hier noch nicht erörtert werden. Wenn man mit Nikisch(89) den Inhalt des Arbeitsverhältnisses dahin versteht, daß der Arbeitnehmer in den Dienst des Arbeitgebers tritt, indem er sich in den Betrieb einordnen läßt, damit dort von seiner Arbeitkraft Gebrauch gemacht werden kann, so dürfte die Lohnzahlungspflicht hier nicht zweifelhaft sein. Wenn man dagegen wie das Bundesarbeitsgericht annimmt, der Inhalt des Arbeitsverhältnisses gehe auf Leistung der vereinbarten Dienste, wie sich aus § 611 BGB ergebe, dann muß der Lohnanspruch verneint werden(90).

Die Entscheidung ist in der einen oder anderen Richtung möglich, da das Gesetz insoweit keine eigene Wertung enthält(91). Es zeigt sich, daß Auslegung in der Regel - es handelt sich um einen Normalfall gesetzlicher "Bestimmtheit" - ohne eigene Wertung nicht auskommt: Die meisten gesetzlichen Begriffe haben zwar einen Kernbereich, über den Einigkeit besteht. In dem sogenannten

---

(89) Nikisch, Arbeitsrecht I, S.599. Für die Betriebsstörungen durch Streik macht er dann allerdings eine Ausnahme und kommt zum gleichen Ergebnis wie die Rechtsprechung, S.605 ff.

(90) BAG AP Nr.2 zu § 611 BGB Lohnanspruch, AP Nr.2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

(91) Nikisch, aaO., S.603 ist Recht zu geben, daß die Bezugnahme des Bundesarbeitsgerichts auf den Wortlaut des § 611 BGB keine überzeugende Begründung liefert. Vielmehr wertet das Bundesarbeitsgericht den Wortlaut in seiner Auslegungsrichtung. Die "sens-clair-Doktrin", die hier anklingt, ist in jedem Fall verfehlt.

Begriffshof dagegen, der auch noch erfaßt wird, besteht eine solche Eindeutigkeit nicht[92]. Sie wird erst durch den Richter hergestellt, der die Norm weiter präzisiert und damit die eigentliche Fallösung vorbereitet und ermöglicht. Die Präzisierung erfolgt durch abstrakte Obersätze, die sich einerseits im Rahmen der gesetzlichen Wertung bewegen, die andererseits aus den darin befindlichen Auslegungsmöglichkeiten durch richterliche Wertung geschaffen werden. Die Wertung richtet sich grundsätzlich nach den im Gesetz geregelten Interessengegensätzen und den Zwecken, die mit dem Gesetz verfolgt werden. Neben den eigentlichen gesetzlichen sind hier vor allem die grundgesetzlichen Wertungen zu berücksichtigen.

§ 24

4) Unbestimmte Begriffe und Generalklauseln

Diese Feststellung, die allgemein für die Anwendung und Auslegung des Gesetzes, und zwar normativer und auch deskriptiver Begriffe gemacht worden ist, gilt in verstärktem Maße für die sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffe. Sie gehören zwar zu einer subsumtionsfähigen Norm; jedoch ist der sogenannte Begriffskern zu einem Minimum zusammengeschrumpft. Damit gibt dieser Begriff dem Richter bei der Anwendung keine eindeutige Wertentscheidung an die Hand, sondern dieser muß ihn erst mit einem subsumtionsfähigen Inhalt füllen, um die Norm anwenden zu können.
Im Gegensatz zu den bisher erörterten Begriffen hat

(92) Siehe Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (red. von Dubischar), S.156; Larenz, Methodenlehre, S.268 ff.,weist darauf hin, daß schon die deskriptiven Gegenstandsbegriffe unscharfe Ränder aufweisen, die zu einer Eigenwertung durch den Richter führen müssen.

hier der Gesetzgeber die eigentliche Gebotsbildung im Rahmen des unbestimmten Begriffs dem Richter bewußt übertragen. Das gilt jedenfalls für die wertausfüllungsbedürftigen Begriffe(93). Eine solche Notwendigkeit kann sich für den Gesetzgeber dann ergeben, wenn er die weitere soziale Entwicklung noch nicht überblicken kann und die nähere Ausgestaltung dem Richter überläßt.

So bestimmt zum Beispiel § 626 BGB, daß das Dienstverhältnis von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündi - gungsfrist gekündigt werden könne, wenn ein wichtiger Grund vorliege. Die Konkretisierung des wichtigen Grundes ist dabei bewußt der Rechtsprechung überlassen worden(94). Dieser Aufgabe ist die Rechtsprechung auch

---

(93) Daß es daneben unbestimmte Begriffe gibt, die dem Richter nur deswegen einen weiten Entscheidungsspielraum einräumen, weil es dem Gesetzgeber nicht gelungen ist, den Begriff genauer zu fassen, folgt schon aus dem bisher Gesagten. Hier ist der Entscheidungsspielraum nur unbeabsichtigt größer als bei der übrigen Auslegung.

(94) In den Motiven zum 1.Entwurf des BGB heißt es zum dortigen § 566 (Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, S.261f): "Den größten Schwierigkeiten unterliegt aber die nähere Bestimmung der Gründe, welche zu dem Rücktritte von dem Vertrage" (heute Kündigung) "berechtigen sollen. Das Gesetz hat sich an der vorliegenden Stelle, wo der Dienstvertrag im allgemeinen geregelt wird, darauf zu be - schränken, das Prinzip auszusprechen,daß wichtige Gründe das fragliche Recht verleihen. Welche Gründe als wichtige anzusehen sind, darf der richterlichen Würdigung überlassen werden. Es kann darauf vertraut werden, daß hieraus besondere Übelstände nicht entspringen werden." Der Zusatz, daß darüber das Ermessen des Richters zu entscheiden habe, wird abgelehnt; denn es könnte der Eindruck entstehen, als wenn "der Richter die Aufhebung des Vertrages auszusprechen habe." Daß die Entscheidung über die Wichtigkeit in das richterliche Ermessen fällt, wird aber als selbstverständlich und entbehrlich angesehen. Auch in den Protokollen zum 2.Entwurf wird ausdrücklich eine beispielhafte Aufzählung von wichtigen Gründen abgelehnt, um das richterliche Ermessen nicht einzuengen (Mugdan, aaO., S.13).

- unterstützt von der Lehre - nachgekommen(95). Der Gesetzgeber hat nunmehr das Ergebnis dieser Konkretisierung übernommen und die Regelung damit wieder an sich gebracht(96). Dabei ist zu beachten, daß auch der jetzige § 626 BGB den wertausfüllungsbedürftigen Begriff der Unzumutbarkeit enthält.
Ähnlich ist es bei § 1 KSchG: Die Wirksamkeit der Kündigung hängt davon ab, ob sie sozial gerechtfertigt ist.

---

(95) Die Entwicklung hierbei ist typisch: Anfangs stellt die Rechtsprechung stark auf die Zumutbarkeit im Einzelfall ab und entzieht damit den Begriff weitgehend der revisionsrechtlichen Überprüfbarkeit. Es handelt sich in erster Linie um eine tatsächliche Würdigung (siehe RAG ARS Bd.17, S.474(475); Bd.23, S.194(195); Bd.31, S.37(41); Bd.40, S.52(62 ff.). Gleichzeitig bemüht sich die Wissenschaft, eine allgemeinere Formel zu finden (siehe Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 1931, S.332; Nikisch, Arbeitsrecht /1951/, S.213). Das Bundesarbeitsgericht bildet daraus eine genauer umrissene Regel, die nun auch weitgehend revisionsrechtlich nachprüfbar ist. BAG AP Nr.4 zu § 626 BGB LS 2: "Ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist dann anzunehmen, wenn dem einen Vertragsteil nicht zugemutet werden kann, unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben das Arbeitsverhältnis mit dem anderen Vertragsteil weiter fortzusetzen, und zwar auch nicht für die Dauer der vorgesehenen Kündigungsfrist. Der Grund muß nicht in einem schuldhaften Verhalten des Arbeitnehmers liegen." Ebenso BAG AP Nr.5, 6 zu § 626 BGB; siehe auch Staudinger-Neumann, § 626 Anm.19.

(96) § 626 Abs.1 BGB lautet jetzt (i.d.F. des Gesetzes vom 14.8.1969 / BGBl.I, S.1106): "Das Dienstverhältnis kann von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann."

Hier hat der Gesetzgeber allerdings selbst Anhaltspunkte für die Anwendbarkeit dieses Begriffes gegeben (Abs.2 und 3)[97]. Dennoch besteht auch hier noch ein erheblicher Wertungsspielraum für den Richter - ähnlich dem § 626 BGB n.F., etwa die "dringenden betrieblichen Erfordernisse" des § 1 Abs.2 KSchG. Es gehört also zu den üblichen gesetzgeberischen Praktiken, die Konkretisierung von wertausfüllungsbedürftigen Begriffen der Rechtsprechung zu überlassen und damit die weitere Normbildung an die Rechtsprechung zu delegieren.

Eng verwandt mit den unbestimmten Rechts- bzw. wertausfüllungsbedürftigen Begriffen sind die sogenannten Generalklauseln oder Blankettnormen. Die Unterschiede und Übergänge sind fließend und lediglich quantitativer Art[98]. Der Unterschied besteht darin, daß bei Generalklauseln nicht nur ein einzelner Begriff wie zum Beispiel der wichtige Grund unbestimmt ist, sondern die gesamte Norm, die somit keinen subsumtionsfähigen Inhalt mehr hat[99].
Man kann heute von einer herrschenden Meinung sprechen, die Generalklauseln nicht mehr als Entscheidungsobersätze versteht, unter die subsumiert werden könnte, sondern als Verweisungen der Regelbefugnis vom Gesetzgeber

---

(97) Anders noch § 84 Abs.1 Nr.4 BRG ("unbillige Härte") - siehe dazu die Kommentierung bei Flatow/Kahn-Freund, BRG, § 84 Anm. V d - und § 56 AOG ("unbillig hart"). Hierzu insgesamt A.Hueck, KSchG, Einleitung, S.17 ff.

(98) So nennt z.B. das Bundesarbeitsgericht in AP Nr.1 zu § 133b GewO § 626 BGB (Bl.3) eine Generalklausel; siehe auch Esser, Grundsatz und Norm, S.151.

(99) Ähnlich F.Werner, Generalklauseln, S.6f. (er erwähnt als weiteres Charakteristikum der Generalklauseln das Hinwenden zu einer öffentlichen Rechtsmoral); Rüthers, Recht und Individualität, S.31, 35; Engisch, Juristisches Denken, S.119, 121; Hedemann, Flucht in die Generalklauseln, S.53 f.

an den Richter[100] [101]. Die §§ 242, 138, 826 BGB sind keine Sach-, sondern Delegationsnormen, die den Richter lediglich anweisen, die Sachnorm selbst zu bilden und dabei an außerrechtliche oder jedenfalls überpositive Beurteilungsmaßstäbe anzuknüpfen ("Treu und Glauben"), die damit Eingang in die Rechtsordnung finden. Seit Inkrafttreten des Grundgesetzes sind vor allem die Grundrechte zu beachten, deren Einfluß auf die Privatrechtsordnung auf diesem Wege auch von den Gegnern einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte anerkannt wird. Der Richter soll die Möglichkeit haben, korrigierend einzugreifen, wenn die Anwendung

---

(100) So: Larenz, Methodenlehre, S.263; Rüthers, aaO., S.48 ff. (der hier auf die ungeheure Ausdehnung der Anwendbarkeit des § 242 BGB gegenüber den Vorstellungen des BGB-Gesetzgebers hinweist), S.210 ff., 262 ff. (zur außergesetzlichen Generalklausel); 267; ders., Institutionelles Rechtsdenken, S.13; ders., JurA 1970, S.108; Ph.Heck, Grundriß des Schuldrechts, S.11 ff.; Esser, Schuldrecht I, S.10; ders., Grundsatz und Norm, S.97 ff., 150f, 329; F.Werner, aaO., S.20; Kühne, DRiZ 1971, S.113; Wieacker, Zur Präzisierung des § 242 BGBm S.14 ff.; Henkel, aaO., S.28 ff.; Spiro, Über den Gerichtsgebrauch, S.37, 136; Germann, ZSR 68 (1949), S.309f; Adomeit, Rechtsquellenfragen, S.46/47; Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, S.21; Säcker, Koalitionsfreiheit, S.39 ff.; Bülow, Gesetz und Richteramt, S.30, 38; Less, Richterrecht, S.25/26; Hedemann, aaO., S.58 ("ein Stück offengelassener Gesetzgebung"); a.A. Westermann, Richterliche Streitentscheidung, S.22/23; Galperin, Rechtsfortbildung, S.9; Arndt, NJW 1963, S.1280; Staudinger-Weber, § 242 Anm.A 109.

(101) Das Bundesarbeitsgericht legt das Schwergewicht auf die Feststellung, daß die Rechtsanwendung "je mehr es sich um Generalklauseln, unbestimmte Rechtsbegriffe oder gar Ermessensfragen handelt, nicht nur erkennend, sondern eine bewertende, aktualisierende, integrierende und im konkreten Fall die Verwirklichung der Gerechtigkeit anstrebende Willensentscheidung" sei (AP Nr.1 zu § 56 BetrVG; so auch AP Nr.3 zu § 96 ArbGG 1953).

anderer Normen zu keinem billigenswerten Ergebnis führt[102].

Die Erkenntnis, daß die Bedeutung der Generalklauseln weniger in ihrem materiellen Gehalt als in der Verweisung an den Richter liegt, ist wesentlich durch die wissenschafts-logischen Untersuchungen der allgemeinen Sozialwissenschaft gefördert worden. Danach fallen Generalklauseln in den Bereich der normativen Leerformeln. Als Abgrenzungskriterium gegenüber inhaltlichen Aussagen dient die Poppersche Falsifizierbarkeit: Ein echter normativer Gehalt liegt dann vor, wenn bestimmte eindeutig gekennzeichnete Handlungen oder Ansprüche ausgeschlossen werden. Fehlt die Möglichkeit solcher Falsifizierbarkeit, ist also jedes Verhalten zugelassen, so handelt es sich um eine Leerformel. Neben die logische tritt die ideologiekritische Analyse: Nach der Feststellung von Topitsch können Leerformeln empirisch-pragmatische, ethisch-politische oder ästhetisch-kontemplative Funktionen haben[103].
Für den vorliegenden Bereich ist hieraus wichtig, daß die juristischen Generalklauseln in der Regel nicht

---

(102) Ebenso: Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 109. Hier liegt allerdings die Gefahr, daß um der Billigkeit willen gesetzliche Normen in ihrem Anwendungsbereich "verwässert" werden, was wiederum die Rechtssicherheit gefährdet: F.Werner, aaO., S.10; dazu schon Hedemann, aaO., der - 1933 - die Generalklauseln als ein Symptom für die allgemeine Dekadenz und Auflösung brandmarkt (passim, z.B. S.33 ff., 66 ff.)

(103) Siehe hierzu: Degenkolbe, KZ f Soz 1965, S.327 ff.; Topitsch, Festschrift für Kraft, S.233 ff.; ders., Metaphysik, S.162, 271, 284, 291f; ders., JZ 1963, S.2; Albert, Festschrift für Kraft, S.221f. In der arbeitsrechtlichen Literatur wird der Begriff z.B. verwendet von Adomeit, Rechtsquellenfragen, S.83 (Anm.264); Säcker, Koalitionsfreiheit, S.98 ff. (er spricht von vagen Rechtssätzen); ders., ZRP 1971, S.145; Rüthers, JurA 1970, S.87, 109.

völlig gehaltlos sind, sondern gewisse extreme Positionen und Ansprüche ausschließen. Es handelt sich also um Leerformeln mit unterschiedlich abgestuftem sachlichen Normgehalt(104) (105). Die "ethisch-politische" Funktion hat zum Teil darin bestanden, das Lückenlosigkeitsdogma des Gesetzespositivismus aufrechterhalten zu können, ohne neben der Rechtsprechung noch eine autorisierte Auslegungskommission einrichten zu müssen. Diese Bedeutung dürfte heute - auch schon bei den Generalklauseln des BGB - hinfällig sein. Der Gesetzgeber benötigt auch heute noch leerformelartige Generalklauseln, um das Gesetz anpassungsfähig zu machen. Eine eindeutige Delegation an die Regelungsmacht des Richters scheut er wegen des herkömmlichen Verständnisses des Gewaltenteilungsprinzips. Die eigene rechtspolitisch-wertende Entscheidung des Richters erscheint als Ausfluß und Konkretisierung allgemeingültiger Rechtsprinzipien(106). Im Arbeitsrecht spielen die Generalklauseln eine große Rolle, insbesondere § 242 BGB wirkt sich innerhalb des Arbeitsverhältnisses aus als gegenseitige Treue- und Fürsorgepflichten von Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die von der Rechtsprechung näher ausgestaltet worden sind.

§ 25

5) Lückenfeststellung und Lückenausfüllung

Der Lückenbegriff hängt mit dem erwähnten Gesetzespositivismus insofern zusammen, als die Feststellung,

---

(104) Wie weit der Normgehalt inzwischen durch richterliche Konkretisierung die Inhaltslosigkeit zurückgedrängt hat, bleibt dabei unberücksichtigt.

(105) Siehe auch Degenkolbe, aaO., S.330.

(106) Hier liegt die eigentliche Bedeutung des Art.1 ZGB, der den Richter bei Lücken anweist, die passende Regel wie ein Gesetzgeber selbst zu finden. Das Verhältnis von Gesetzgeber und Richter wird hier deutlich klargestellt. In der materiellen Rechtslage unterscheidet sich das BGB dagegen nicht hiervon.

das Gesetz habe Lücken, als Reaktion auf das Lückenlosigkeitsdogma zu verstehen ist. Wenn man aber überhaupt auf den Anspruch verzichtet, das Gesetz könne und müsse den gesamten Regelungsbereich erfassen, so verliert der Lückenbegriff im Grunde seine Bedeutung - jedenfalls in seiner Hauptbedeutung als Gesetzeslücke(107). Da er sich aber in Rechtsprechung und Lehre umfassend durchgesetzt hat, wird er auch hier verwendet.
Der Bereich der Lückenfeststellung und Lückenausfüllung wird allgemein als Rechtsfindung praeter legem oder Gesetzesergänzung bezeichnet. Während sich die Methodenlehre anfangs hauptsächlich mit den Problemen der Lückenfüllung befaßte, ist spätestens seit Canaris(108) die Lückenfeststellung in den Vordergrund getreten. Nach den bisherigen Feststellungen zur Gesetzesauslegung bedarf es keiner weiteren Ausführungen darüber, daß die Lückenfeststellung eine Wertung des Richters enthält, die maßgebend ist für die weitere Entscheidung. Erst die Feststellung einer Lücke eröffnet die Möglichkeit, einen rechtlichen Obersatz "praeter legem" aufzustellen. Allgemein läßt sich mit Larenz sagen, daß eine Lücke immer dann anzunehmen ist, wenn das Gesetz trotz teleologischer Auslegung nach seinem Sinn und Zweck unvollständig, also ergänzungsbedürftig ist und sich nicht aus dem Gesetz ausdrücklich oder durch beredtes Schweigen ergibt, daß sich die Regelung auf einen bestimmten Bereich beschränken soll(109). Dieser Lückenbegriff

---

(107) Siehe etwa Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S.6.

(108) 'Die Feststellung von Lücken im Gesetz' 1964.

(109) Larenz, Methodenlehre, S.357f; ähnlich: Burkhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, S.112 ff.; Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, S.59 ff.; Germann, Präjudizien als Rechtsquelle, S.16; ders., Rechtsfindung, S.115 ff.; Galperin, Rechtsforbildung, S.10 ff.; G. und D.Reinicke, NJW 1951, S.685; 1952, S.1034, 1153; 1955, S.1662; Rüthers, SAE 1964, S.51; Wenzel, JZ 1960, S.713f, 718; Herschel, DB 1967, S.246; Pohle, Anm. zu LAG Frankfurt AP Nr.2 zu § 61 ArbGG 1953 Zwangsvollstrekkung in AP; Säcker, Koalitionsfreiheit, S.96/97 (Anm.198), 115 ff., 119; Mayer-Maly, RdA 1970, S.290; Kelsen, Reine Rechtslehre, S.251 ff.; Enneccerus-Nipperdey, AT, 1.Halbb., S.337 ff.

wird auch als "planwidrige Unvollständigkeit" umschrieben[110].

Es gibt zahlreiche Versuche, den Lückenbegriff näher ein- und abzugrenzen.

(1) Von Zitelmann stammt die Unterscheidung zwischen "echten" und "unechten" Lücken: Eine echte Lücke liegt dann vor, wenn eine Norm nicht angewandt werden kann, ohne daß eine weitere Regel aufgestellt wird. Daneben gibt es ausfüllungsbedürftige "unechte" Lücken[111].

(2) Larenz bezeichnet diese echte Lücke als "Normlücke" und kennt außerdem offene und verdeckte "Regelungslücken": Die Regelung eines bestimmten Sachbereichs enthält keine besondere Bestimmung für die Frage, die im Zusammenhang dieser Regelung mitgeregelt werden muß. Unter verdeckten Regelungslücken versteht er Fälle, in denen eine positive Regel da ist, die jedoch eine umfassendere Anwendung gestattet, als nach dem Zweck der Norm gemeint ist. Im Gegensatz zur Lücke sieht er den Fehler. Hier handele es sich - vom Standpunkt des Rechtsanwenders aus - um eine rechtspolitische Kritik, die von einem dem Gesetz nicht immanenten Bewertungsmaßstab ausgehe[112].

(3) Canaris unterscheidet nach dem Maßstab der Lückenfeststellung "Anordnungs-" oder "Rechtsverweigerungslücken", teleologische Lücken (in denen die Teleologie des Gesetzes eine Rechtsfortbildung fordert) und "Wertlücken", die mit Hilfe allgemeiner Rechtsprinzipien festgestellt werden[113].

---

(110) Larenz, aaO., S.358; Elze, Lücken im Gesetz, S.19; Engisch, Juristisches Denken, S.138f.

(111) Zitelmann, Lücken im Recht, S.24, 27; als Beispiel einer echten Lücke führt er den Fall an, daß das Gesetz eine Wahl anordnet, über die Art der Wahl jedoch keine Bestimmungen trifft.

(112) Larenz, Methodenlehre, S.352 ff.

(113) AaO., S.140f.

(4) Heck unterscheidet zwischen dem Gesetzgeber bewußten und unbewußten Lücken. Die unbewußten Lücken, die er als Lücken im engeren Sinne und als Anschauungslücken bezeichnet, teilt er weiter ein in primäre Lükken, die dem Gesetz zur Zeit der Entstehung anhaften, und sekundäre Lücken, die durch Veränderung der Lebensverhältnisse nachträglich entstehen(114).

(5) Engisch unterscheidet Gesetzes- und Rechtslücken. Letztere liegen dann vor, wenn die Gesamtrechtsordnung selbst Lücken aufweist(115).

(6) Sauer grenzt die "echten Lücken" - die Fälle, in denen der Gesetzgeber schweigt, während gerade für einen vorliegenden Sachverhalt eine Rechtsnorm erwartet wird - ab von Generalklauseln und Blankettnormen, bei denen der Gesetzgeber immerhin einen Anhalt für die Entscheidung gibt. Auch die sogenannten "Kollisionslücken", bei denen zwei widersprüchliche Regelungen vorhanden sind, scheidet er aus, da hier ein "doppelt besetzter Raum" da sei; weiterhin die Fehler sowie nichtige Normen(116).

(7) Bartholomeyczik versteht unter "eigentlichen" oder "Normlücken" die Fälle, in denen das Gesetz schweigt. "Uneigentliche" oder "Entscheidungslücken" sind die Fälle, in denen die Rechtsfolgen einer Norm untragbar sind(117).

Diese Aufzählung ist keineswegs vollständig(118), zeigt aber bereits eine Fülle von rechtssystematischen

---

(114) Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz (red. von Dubischar), S.103 ff.

(115) Engisch in Festschrift für Sauer, S.99 ff.

(116) Sauer, Methodenlehre, S.282/283.

(117) Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung, S.82 f.

(118) Siehe die Zusammenstellung bei Steinke, Rechtsfortbildung, S.39 ff.

Einteilungsversuchen. Steinke ist Recht zu geben, daß die grundsätzliche Übereinstimmung über Vorhandensein und Ausfüllungsbedürftigkeit von Gesetzeslücken größer ist, als es den Anschein hat, und daß umgekehrt die rechtssystematische Einteilung keine entscheidende Bedeutung für die richterliche Tätigkeit hat(119). Dementsprechend finden sich in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts keine Anzeichen eines differenzierteren Lückenbegriffs. Wohl aber spielen die Lücken eine erhebliche Rolle in der Rechtsprechung. Dabei steht die Lückenausfüllung im Vordergrund; denn davon hängt die eigentliche Fallentscheidung ab. Diese Lückenausfüllung hat in erster Linie im Wege der Analogie zu erfolgen, d.h. unter Heranziehung der Regelung in anderen, der Interessenlage nach ähnlich gelagerten Fällen(120). Auch die Analogie ist kein allein logisch bedingter Vorgang, sondern bedarf der wertenden Stellungnahme und Entscheidung des Richters. Er muß aus dem Sinn und Zweck der rechtsähnlichen Gesetzesnorm einen analogen Obersatz gewinnen, aus dem er die Entscheidung herleitet. Es ist klar, daß gerade hier die Möglichkeit richterlicher Normbildung in besonderem Maße gegeben ist. Zwar bildet der Richter den Obersatz nur analog zu einer schon vorhandenen rechtsähnlichen Norm; dennoch wird der Obersatz mit diesem Inhalt erstmals vom Richter aufgestellt.

§ 26

6) Contra-legem-Entscheidungen

Begrifflich von dem Vorgang der Lückenfeststellung und Lückenausfüllung zu trennen ist die Entscheidung contra

---

(119) AaO., S.50 f.

(120) BAG AP Nr.1 zu § 13 BetrVG; in dieser Entscheidung stellt das Bundesarbeitsgericht übrigens eine "echte" Gesetzeslücke i.S.Zitelmanns ausdrücklich fest: § 13 Abs.2 BetrVG enthalte keine Angaben darüber, wie die Mehrheit für die gemeinsame Wahl zu berechnen sei; ähnlich AP Nr.1 zu § 133 ab GewO; AP Nr.18 zu § 76 BetrVG.

legem. Die Fälle liegen oft dicht beieinander und lassen sich nur schwer unterscheiden, was nach den Ausführungen zur Lückenfeststellung nicht verwundern kann. Der grundsätzliche Unterschied ist der, daß die Entscheidung contra legem die erkennbaren Wertungen des Gesetzgebers unberücksichtigt läßt. Damit ist noch nicht gesagt, daß die Entscheidung deswegen unzulässig ist. Die Abgrenzung ist aber wichtig, weil durch eine zu große Ausweitung des Lückenbegriffs eine Kontrolle des richterlichen Entscheidungsspielraums unmöglich wird. Demgegenüber wird allgemein eine Entscheidung contra legem nur dann für zulässig gehalten, wenn durch einen grundlegenden Wandel der Normsituation die ursprüngliche ratio legis weggefallen ist und eine Anwendung des Gesetzes zu einer unerträglichen Verletzung der allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen führen würde(121). Ein solcher Fall kann sich hauptsächlich bei älteren Gesetzen ergeben. Die Gerechtigkeitsvorstellungen haben sich nach den Wertungen neuerer Gesetze und nach dem Grundgesetz zu richten(122).

Der andere Fall einer zulässigen Abweichung erfordert einen nachweisbaren Erklärungs- oder Motivirrtum des Gesetzgebers, d.h. die Ermittlung der ratio legis

---

(121) Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S.78; ders., SAE 1964, S.50/51;
Larenz, Methodenlehre, S.383, 399 ff.; Habscheid, Richter und Recht, S.28 ff.; Bosch, FamRZ 1966, S.70; H.Stoll in Gutachten zum 45.DJT, Band I, S.125; W.König, Aufgaben des Richters, S.44 ff.; Germann, Methodische Grundfragen, S.113 (Anm.12); ders., Rechtsfindung, S.338 ff.; Galperin, Rechtsfortbildung, S.7, 15; Boehmer, Grundlagen, 2.Buch II.Abt., S.166 ff.; G. und D.Reinicke, NJW 1952, S.1035, 1155; NJW 1955, S.1384, 1666; Mayer-Maly, RdA 1970, S.290; Liver, Der Wille des Gesetzes, S.28f; weitergehend Esser, Grundsatz und Norm, S.260.

(122) Ein positivrechtlicher Anknüpfungspunkt ergibt sich aus Art.100 Abs. 1 GG, der dem Richter das materielle Prüfungsrecht auf die Übereinstimmung mit der Verfassung einräumt.

ergibt, daß der Gesetzeswortlaut an einer Stelle zu weit, zu eng oder unzutreffend ist. Hier handelt es sich um keine Entscheidung contra legem, sondern nur gegen den Wortlaut, aber übereinstimmend mit der ratio legis.

Die richterliche Gebotsberichtigung ist also nur in engen Grenzen zulässig. Der Ausnahmecharakter folgt vor allem daraus, daß jede contra-legem-Entscheidung einen Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip und die damit verbundene Gesetzesbindung enthält. Die Durchbrechung dieses Grundsatzes ist jedoch zulässig, wenn der Richter anders dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit, dem er aus dem Rechtssaatsprinzip materiell verpflichtet ist, nicht Genüge tun kann. Es bedarf also jeweils einer sehr genauen Abwägung gegen die durch Gewaltenteilung und Rechtssicherheit gebotene Gesetzestreue, wobei letztere im Zweifel den Vorrang hat(123).

---

(123) Ein Teil der Literatur vor allem auf dem Gebiet des Staatsrechts lehnt dagegen jede Entscheidung contra legem ab: z.B. H.P.Schneider, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, S.19; Forsthoff, DÖV 1959, S.41 ff.; Hirsch, JR 1966, S.334 ff.; E.Stein, NJW 1964, S.1748; Roth-Stielow, Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz, passim (z.B. S.34); er rückt das gesetzliche Ordnungselement ausschließlich in den Vordergrund (S.49), würde im Falle der Betriebsrisikolehre aber wohl zu einer - zulässigen - verdeckten Lücke kommen (S.76); Less, Richterrecht, S.69. Diese Ansicht geht zutreffend von der grundgesetzlich verankerten Gesetzesbindung des Richters aus, berücksichtigt aber nicht ausreichend die Möglichkeit eines Wegfalls der ratio legis und die damit verbundenen Einwirkungen auf das vom Richter zu beachtende Gerechtigkeitsgebot. Das ausnahmslose Verbot von contra-legem-Entscheidungen führt zwingend zur Ausweitung des Lückenbegriffs, wie sich selbst bei Roth-Stielow zeigt. Richtig aber daran ist jedenfalls, daß solche Entscheidungen nur in engen Ausnahmefällen möglich sind und nicht schon im Einzelfall unbilliges Ergebnis ein Abweichen vom Gesetz rechtfertigt.

Diese Grundsätze erkennt auch das Bundesarbeitsgericht in seiner Rechtsprechung an - wenn auch in etwas abgeschwächter Form. Es führt hierzu aus: "Eine Fortbildung des Rechts im Wege rechtsändernder Auslegung kann demgemäß nur in Frage kommen bei Gesetzesbestimmungen, deren bisherige Anwendung und Auslegung auf später überholten Rechtsanschauungen beruht, mit den neueren Rechtsgrundsätzen nicht vereinbar ist und zu nicht mehr zu rechtfertigenden Ergebnissen führt und die deshalb im Interesse der Rechtseinheit und Rechtsgleichheit mit dem neueren Recht in Übereinstimmung zu bringen sind."(124).

Das Bundesarbeitsgericht hat aber auch weitergehende Entscheidungen getroffen, in denen es von Restriktion oder abändernder Rechtsfindung spricht(125). Diese Restriktion ist mit der Korrektur eines nachweisbaren gesetzgeberischen Irrtums nicht zu verwechseln, da sie nicht vom Zeitpunkt der Entstehung des Gesetzes ausgeht und nur eine "gesetzgeberische Fehlleistung" korrigiert, sondern auch die spätere Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse einbezieht.

In anderem Zusammenhang soll später eingehender unter-

---

(124) BAG AP Nr.4 zu § 11 KSchG; ähnlich BAG AP Nr.34 zu § 1 KSchG (Bl.1R); AP Nr.3 zu § 68 ArbGG 1953; AP Nr.22 zu § 616 BGB (Bl.6R); AP Nr.2 zu § 143 d AVAVG; AP Nr.1 zu § 133 ab GewO.

(125) In BAG AP Nr.19 zu § 1 HAG NRW heißt es hierzu (Bl.7): "Sofern eine Vorschrift Fälle umfaßt oder Folgen herbeiführt, die vom Gesetzgeber nicht erkannt oder bedacht sind und, wenn er sie erkannt oder bedacht hätte, vernünftigerweise nicht in dieser Weise geordnet sein würden, sind die Gerichte berechtigt, das Gesetz nach seinen eigenen Grundgedanken und Zwecken unter Berücksichtigung der anerkannten Grundsätze richterlicher Rechtsfindung fortzuentwickeln, es sei denn, daß das Erfordernis der Rechtssicherheit entscheidend dagegen spricht. Das gilt namentlich dann, wenn die Interessenlage und die tatsächlichen Umstände des vom Gesetzgeber geordneten Lebensverhältnisses sich in bestimmten Fällen ganz wesentlich verändert haben, wenn deshalb auch vom Stahdpunkt des Gesetzgebers aus eine andere Regelung notwendig erscheint." Ebenso: BAG AP Nr.2 und 3 zu § 96 ArbGG 1953; AP Nr.2 zu § 1 TVG Auslegung.

sucht werden, inwieweit sich dieser Begriff von den hier erörterten contra-legem-Entscheidungen unterscheidet und ob und wann eine solche "abändernde Rechtsfindung" zulässig ist[126].

Insgesamt hat sich gezeigt, daß richterliche Wertungen in unterschiedlicher Intensität und Bedeutung die gesamte richterliche Spruchtätigkeit durchziehen. Da sie zwar nicht identisch mit richterlicher Normbildung sein kann - siehe die Wertung bei der Sachverhaltsfeststellung -, andererseits letztere nur in diesem Bereich zu suchen ist, ergibt sich daraus, daß die Gleichsetzung von Rechtsfortbildung mit contra-legem-Entscheidungen und die Gleichsetzung von Rechtsfortbildung und Rechtsnormbildung nicht richtig sein kann[127]. Auch die Lückenfeststellung und Lückenausfüllung erschöpft den Spielraum richterlicher Eigenwertung nicht, obschon nicht zu verkennen ist, daß hier das Schwergewicht liegt. Im folgenden soll nun die Frage der Rechtsnormqualität näher untersucht werden.

---

(126) Siehe § 34 (S.128 ff).

(127) Ebenso: Redeker, NJW 1972, S.413.

3. Hauptteil:

Feststellung und Umfang der Rechtsnormqualität

I. Kapitel: Rechtsnormqualität

§ 27

1) Rechtsnormbegriff

Bevor die Rechtsnormqualität der richterlichen Obersätze selbst untersucht wird, soll auf den allgemeinen Begriff der Rechtsnormen eingegangen werden. Rechtsnormen sind eine besondere Form der Normen allgemein. Unter Norm versteht man eine Regel oder Richtschnur, die in der Erwartung aufgestellt wird, daß sie befolgt wird. Jede Norm enthält einen Sollenssatz und verlangt normgemäßes Verhalten. Solche Normen gibt es in vielen gesellschaftlichen Bereichen, z.B. treten Regeln der Religion, der Moral, der Politik, des Sports und der Kunst als Normen auf[1]. Abgesehen von den verschiedenen Inhalten unterscheiden sie sich durch den Adressatenkreis und die Art der Sanktionen. Zwar mag bei allgemeinen sozialen Normen die Sanktion nicht immer so deutlich sichtbar sein wie bei den Rechtsnormen; aber auch hier spielen sie eine erhebliche Rolle, allerdings begrenzt auf den in der Regel engeren Adressatenkreis. Die Besonderheit von Rechtsnormen liegt darin, daß sie Verhaltensgebote, -verbote und Gewährungen allgemein und verbindlich anordnen und für den Fall der Nichtbefolgung rechtliche Sanktionen in Aussicht stellen. Sie wollen ohne Berücksichtigung des Willens und Gewissens des einzelnen verpflichten und setzen den Anwendungs- und Durchführungsapparat der staatlichen Organisation voraus. Rechts-

(1) Siehe hierzu Meyer-Cording, Rechtsnormen, S.6f; Kelsen, in: Festschrift Nipperdey Bd.I, S.57 ff.; Dubischar, Grundbegriffe, S.9 ff.; Spittler, Norm und Sanktion, S.9 ff.

normen finden sich in Rechtssätzen, die diese aussprechen und damit setzen, also Rechtsnormen zum Inhalt haben. Rechtssätze sind daher nicht grammatikalische Sätze, sondern Rechtsregeln(2). Es gibt allerdings auch unvollständige Rechtssätze, die erst im Zusammenhang mit einem anderen Rechtssatz die gebotsenthaltende Rechtsnorm bilden(3). Dabei handelt es sich aber um eine Erscheinung der Gesetzestechnik.
Strukturell weist jede Rechtsnorm einen Tatbestand auf, d.h. die Beschreibung eines Sachverhalts, der von einer rechtlichen Regelung erfaßt werden soll. Auf die Unterscheidung von deskriptiven und normativen Tatbestandselementen ist bereits hingewiesen worden, ebenso auf Fälle, in denen der Tatbestand unbestimmte Merkmale aufweist und die Norm dadurch den Charakter einer Generalklausel annehmen kann.
An den Tatbestand knüpft sich eine Rechtsfolge, die sich unter Umständen erst aus mehreren unvollständigen Rechtssätzen ergibt. Ebenso kann sich aus mehreren ihrerseits vollständigen Rechtsnormen eine weitere Rechtsnorm ergeben. Das gilt zum Beispiel im Verhältnis von materiellem und Prozeß- bzw. Vollstreckungsrecht.

Bestandteil der Rechtsfolge ist die Sanktion, die für den Fall der Nichtbefolgung angeordnet wird. Dieser Zwangsschutz ist konstitutiver Bestandteil des Normbegriffs. Zwar erwartet die Rechtsordnung grundsätzlich die unmittelbare und freiwillige Befolgung ihrer Gebote und Verbote. Andererseits muß sie immer mit einem Verstoß gegen eine Rechtsnorm rechnen. Wenn aber überhaupt ein solcher Verstoß möglich ist, sind Sanktionen er-

---

(2) Der Ausdruck "Normen" stammt von Binding, siehe hierzu Enneccerus-Nipperdey, AT, 1.Halbb., § 30 II (S.199 Anm.11).

(3) Z.B. enthält § 94 BGB kein eigenes Gebot. Erst im Zusammenhang mit § 946 BGB ergibt sich die vollständige Norm. Ebenso beim Allgemeinen Teil des StGB.

forderlich[4]. Eine sanktionslose Norm, die ihre Verbindlichkeit abhängig macht von der Anerkennung durch alle Beteiligten, würde der Norm bloß den Charakter einer Konventionalregel geben: Die Regel gilt, solange alle Teilnehmer einverstanden sind. Demgegenüber zeichnet sich eine Rechtsnorm dadurch aus, daß sie auch gegen den Widerstand einzelner oder vieler aufgestellt wird. Nur so kann der Grundsatz der Rechtsgleichheit erreicht werden, daß Rechtsnormen ohne Rücksicht auf Zustimmung oder Ablehnung durch die Betroffenen gelten. Diese rechtstheoretischen Feststellungen haben selbstverständlich nichts mit den rechtspolitischen Überlegungen des Gesetzgebers zu tun, der für ein zu schaffendes Gesetz eine möglichst breite Basis der Zustimmung anstrebt und unter Umständen seine rechtspolitischen Entscheidungen nach dem Meinungsstand zum Regelungsgegenstand ausrichtet.

Es ging hier zunächst nur darum festzustellen, was eine geltende Rechtsnorm ausmacht. Uns beschäftigt hier also nicht die Frage, warum die Rechtsunterworfenen eine Rechtsnorm befolgen, ob wegen des Zwangscharakters, oder

---

(4) Ebenso: Kelsen, Reine Rechtslehre, S.55 ff.; Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S.9 ff.; Brusiin, Objektivität der Rechtsprechung, S.12 (Er betont, daß hinter dem Recht die organisierte Gemeinschaft mit ihren Organen steht.); W.Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, S.171 ff.; R.Schreiber, Rechtsnormen, S.24 ff. (der sich auch mit dem scheinbaren Widerspruch zwischen der hier vertretenen Rechtsnormtheorie und dem Phänomen der Naturalobligation auseinandersetzt, S.26 f); Geiger, Vorstudien, S.167 (Er weist zu Recht darauf hin, daß gerade die zwangsfrei "von innen heraus" Gehorsamen nicht gehorsam sein könnten, wenn sie nicht wüßten, daß die Norm sanktionsbewehrt ist und daher auch gegenüber den "Ungehorsamen" durchgesetzt werden kann.); Meyer-Cording, Rechtsnormen, S.7; anders Nipperdey, der die Sanktion nur als regelmäßigen Bestandteil der Norm bezeichnet, a.a.O., S.204.

weil sie sie als Recht anerkennen(5) (6).

§ 28

2) Geltungsgründe von Rechtsnormen

Bisher wurde nur erwähnt, daß Regeln dann Rechtsnormcharakter haben, wenn sie ein Verhaltensgebot oder -verbot bzw. eine Gewährung verbindlich anordnen. Das Erfordernis der Verbindlichkeit wirft die Frage der Geltung und des Geltungsgrundes auf. Wie bereits ausgeführt, hatten wir bei der Frage, was eine Rechtsnorm ausmacht, zunächst deren Geltung unterstellt, hatten also geltende Rechtsnormen untersucht(7). Walter Burckhardt, auf den diese Unterscheidung beider Fragen zurückgeht, stellt die Frage so: "Wie erklärt sich die

---

(5) Der Gegensatz von Anerkennungs- und Zwangstheorie, der hierher gehört, bedarf daher keiner Erörterung. Daß es sich hier um einen anderen Fragenkreis handelt, zeigt sich z.B. auch bei Max Weber: "Ganz und gar nicht zum Begriffe der Geltung eines 'Rechtssatzes' in diesem normalen Sinne gehört, daß etwa diejenigen, welche sich der Ordnung, die er enthält, fügen, dies vorwiegend oder auch nur überhaupt um deswillen tun, weil ein Zwangsapparat dafür zur Verfügung steht. Davon ist - wie bald noch zu erörtern - keine Rede." (Rechtssoziologie, S.73/74). Gleichzeitig versteht er aber unter Rechtsnormen nur die Normen, bei denen die Chance besteht, es werde gegebenenfalls "um ihrer selbst willen" Zwang, "Rechtszwang", eintreten (aaO., S.72). Wie hier W.Burckhardt, aaO., S.171 ff., 180; R.Schreiber, aaO., S.24 ff.

(6) Zur Problematik der Anerkennungstheorie: Welzel, Rechtsgeltung, S.7 ff.; W.Burckhardt, aaO., S.197 ff.

(7) Leibholz bezeichnet die Frage nach der Geltung der Rechtsnorm als "in Wirklichkeit einen Pleonasmus". Obwohl diese Feststellung richtig ist, weil eine nicht in Geltung befindliche "Rechtsnorm" keine Normqualität aufweist, wird die Trennung im Interesse der begrifflichen Klärung beibehalten, wie das auch Leibholz selbst tut (Gleichheit, S.63, Anm.2).

Tatsache der Geltung? -" und kommt zu dem Ergebnis: "Der letzte Geltungsgrund des Rechts ist immer irrational."(8). Er widerspricht damit anderen Literaturmeinungen, die den Geltungsgrund aus der Vernunft oder einem Gesellschaftsvertrag herleiten wollen(9). Im Gegensatz zur Fragestellung bei Burckhardt nach "dem letzten Geltungsgrund des Rechts" insgesamt geht es hier lediglich um den Geltungsgrund der einzelnen konkreten Rechtsnorm. Diese Unterscheidung ist wesentlich, weil sich für eine einzelne Rechtsnorm Verbindlichkeit und Geltungsgrund feststellen lassen. Die Schwierigkeiten, auf die Burckhardt im Hinblick auf die Rechtsordnung insgesamt hingewiesen hat, ergeben sich daher hier nicht.
In der Literatur besteht heute Übereinstimmung, daß eine Rechtsnorm verschiedene Geltungsmodalitäten haben kann(10).

(a) Grundlage ist das logische Problem der Geltung. Eine Rechtsnorm kann nur dann Geltung beanspruchen, wenn

---

(8) AaO., S.180 und S.186; ähnlich Schreiber, aaO., S.137 ff.

(9) Burckhardt, aaO., S.183, 189 ff.

(10) Die nachfolgende Einteilung wird von Emge, Rechtsphilosophie, S.315 ff., übernommen. Emge unterscheidet allerdings noch zwischen ethischer und idealer Geltung (aaO., S.323 ff., 340 ff.). Auch Klug hält sich an diese Einteilung, entwickelt aber noch weitere Geltungsmodalitäten (in Festschrift für Nipperdey 1965, S.88 ff.). Ähnlich wie Emge: Radbruch, Rechtsphilosophie, S.174 ff., 352f; H.Henkel, Rechtsphilosophie, S.440 ff.; R.Schreiber, aaO., S.58 ff.; O.A.Germann, Rechtsfindung, S.19 ff. Etwas andere nimmt Larenz die Einteilung vor in psychologische, soziologische, normative und ontologische Geltung (Rechtsgeltung, S.9 ff.). Unter den psychologischen Geltungsbegriff rechnet er die Anhänger der Anerkennungstheorie (Zitelmann, Bierling, Jellinek), die bereits erwähnt wurde (S.102 Anm.5/6). Zu den Vertretern des soziologischen Geltungsbegriffs zählt er Ehrlich, Jung, M.Weber, Leibholz und Somló, Kelsen als Vertreter des normativen Begriffs und Husserl als Anhänger des ontologischen Begriffs.
Dem stellt er seine eigene, auf Hegel zurückgehende Theorie entgegen, wonach der Gegensatz von Sollen

sie einen logischen Begründungszusammenhang aufweist. Dieser Gesichtspunkt spielt im Grunde bei jeder Gesetzesauslegung eine Rolle: Bei mehreren möglichen Auslegungsergebnissen wird immer die Normbedeutung angewendet werden, bei der die Rechtsfolge logisches Ergebnis der Tatbestandsvoraussetzungen ist. Nur die logischeaufgebaute Norm "gilt"[11]. Dieser Geltungsgrund kann im folgenden vernachlässigt werden, weil er im anschließenden juristischen Geltungsgrund praktisch mitenthalten ist.

(b) Der juristische Geltungsgrund einer Rechtsnorm findet sich in der Regel in einer übergeordneten Norm, aus der die Rechtsnorm abzuleiten sein muß. Es geht um den positiven Rechtsgrund für eine Bestimmung. Hierher gehört auch das Verhältnis zweier Normen zueinander innerhalb eines Gesetzes, z.B. die Vereinbarkeit einer Spezialvorschrift zu der vorgeordneten allgemeinen Rechtsnorm. Bei Verordnungen kommt es auf die Übereinstimmung mit dem zugrunde liegenden ermächtigenden Gesetz, bei einer gesetzlichen Norm auf die Übereinstimmung mit dem Grundgesetz an. Widerspricht zum Beispiel eine gesetzliche Norm einer grundgesetzlichen Bestimmung und läßt sie sich auch nicht verfassungskonform auslegen, so "gilt" sie nicht. Bei nachkonstitutionellem Recht stellt das Bundesverfassungsgericht auf Vorlage des erkennenden Gerichts die Verfassungswidrigkeit fest, bei vorkonstitutionellen Bestimmungen der erkennende Richter selbst. Die Feststellung wirkt nicht konstitutiv, d.h. die Verfassungswidrigkeit oder Nichtgeltung besteht von Anfang an[12].

---

und Sein aufgehoben sei. Recht sei danach selbst ein Stück verwirklichter objektiver Geist, die Geltung des Rechts nichts anderes als die Wirklichkeit seiner Idee (aaO., S.31).

(11) Siehe hierzu Emge, aaO., S.317 ff.; Klug, aaO., S.91f.

(12) Zum juristischen Geltungsgrund: Emge, aaO., S.320 ff. 329 ff.; Klug, aaO., S.89; Henkel, aaO., S.450; M.Weber, aaO., S.69; Kelsen, aaO., S.9 ff., 196 ff., 215 ff.; R.Schreiber, aaO., S.64 ff.; O.A.Germann, aaO., S.1[illegible].

(c) Neben dem juristischen gibt es den soziologischen oder empirischen Geltungsgrund. Diese Geltungsmodalität ist erstmals von Max Weber beschrieben worden. Seine Bezeichnung als empirische Geltung soll daher übernommen und im folgenden verwendet werden. Danach gilt eine Rechtsnorm so lange und so weit, als objektiv die Chance besteht, daß ein Zwangsapaarat - des Staates bei staatlichem Recht - mit dafür vorgesehenen, vor allem unmittelbar physischen Zwangsmitteln, Rechtszwang ausübt, um dieser Norm Geltung zu verschaffen und sie durchzusetzen. Weber zählt solche Rechtsnormen zum "garantierten Recht". Die Orientiertheit des Handelns an einer Rechtsnorm entscheide über deren Geltung, nicht aber deren Befolgen aus welchen Motiven auch immer(13) (14).

---

(13) M.Weber, aaO., S.70 ff. Zum empirischen Geltungsgrund weiter: Emge, aaO., S.322 ff., 333 ff.; Klug, aaO., S.90; Henkel, aaO., S.440 ff.; R.Schreiber, aaO., S.58 ff.; Coing, Grundzüge, S.292; Wissmann, Reale Geltung, S.51 ff.; Zippelius, NJW 1964, S. 1986; ders., in Festschrift für Liermann, S.309 ff.; ders., Wesen des Rechts, S.37 ff.,; O.A.Germann, aaO., S.31 ff.; Leibholz, aaO., S.63; ähnlich Brusiin, aaO., S.16.

(14) Es ist klar, daß Kelsen in seiner Reinen Rechtslehre einen solchen Geltungsgrund nicht anerkennen kann; denn danach kann Geltungsgrund einer Norm immer nur die Geltung einer anderen Norm sein. Auch Kelsen betont aber den überaus bedeutsamen Zusammenhang zwischen Geltung und Wirksamkeit des Rechts. Er sieht ihn so, daß die Wirksamkeit einer Rechtsnorm ebenso wie der Normsetzungsakt Bedingung der Geltung sei, d.h. eine Rechtsnorm könne nicht mehr als gültig angesehen werden, wenn sie aufhöre, wirksam zu sein. Gerade beim Schlußstein seines Denkgebäudes, der sogenannten Grundnorm, wird aber die Wirksamkeit ("Die Rechtsordnung funktioniert im großen und ganzen") zum einzigen "Geltungsgrund"; denn die Grundnorm kann nicht selbst aus einer übergeordneten Ermächtigungsnorm hergeleitet werden. (Reine Rechtslehre, S.215 ff; siehe im übrigen allgemein hierzu: ders., Juristische und soziologische Methode, passim, S.18 ff.).

(d) Schließlich kennt die Lehre einen idealen oder ethischen Geltungsgrund. Es geht um den Inhalt einer Rechtsnorm, ob sie also befolgt werden soll oder ob sie trotz ihrer positiven Geltung wegen Verstoßes gegen überpositive allgemeine rechtliche und ethische Prinzipien unbeachtet bleiben soll[15]. Das Problem der gerechten oder richtigen Norm, der vernünftigen Regel, die mit dem "objektiven Geist" übereinstimmt, hat die Wissenschaft seit jeher beschäftigt. Die Hauptschwierigkeit dieser Frage, die durch die Rechtsordnung des Dritten Reiches besonders aktuell geworden ist, liegt darin, einen allgemeingültigen, wissenschaftlichenachprüfbaren Maßstab für die Vernünftigkeit, Richtigkeit, Gerechtigkeit einer Regelung zu finden. In einem Kernbereich wird man von einer herrschenden einheitlichen Grundauffassung einer Rechtsgemeinschaft über Ethos und Gerechtigkeit sprechen können, wenn man von einer bestimmten geschichtlichen Epoche ausgeht, und zwar auch in einer pluralistischen Gesellschaft. Problematisch wird jedoch das Kriterium der Vernunft bei der Entscheidung über konkrete Wertungsgegensätze[16]. Für die Geltung einer Rechtsnorm läßt sich aber jedenfalls feststellen, daß diese nur in Grenzfällen zweifelhaft sein kann, wenn

---

(15) Siehe hierzu: Emge, aaO., S.323 ff., 340 ff.; Klug, aaO., S.89 (Er charakterisiert die juristische und ethische Geltung als den Unterschied zwischen Legalität und Legitimität.); Henkel, aaO., S.446 ff.; R.Schreiber, aaO., S.65 ff.; Wissmann, aaO., S.51; Zippelius in: Festschrift für Liermann, S.308 ff.; ders., Wesen des Rechts, S.32 ff.; O.A.Germann, aaO., S.22 ff.

(16) Der Versuch, die objektiv richtige Lösung aus dem Wesen der Sache oder der Natur der Sache herleiten zu wollen, kann heute wohl als gescheitert und widerlegt angesehen werden. Zu dieser sogenannten Inversionstechnik, bei der der Rechtsanwender durch Auslegung die Bedeutung in die Rechtsnorm hineinlegt, die er hinterher als Inhalt der Norm wieder herausholt: Scheuerle, Wesen des Wesens, AcP 163, S.431 ff.; Dreier, Natur der Sache, passim, S.113, 123 ff.; Topitsch, Metaphysik, S.290 ff.; Säcker, Koalitionsfreiheit, .114 ff.

fundamentale und allgemein anerkannte Gerechtigkeitsvorstellungen verletzt sein sollten. Die hier zu untersuchende Frage des Geltungsgrundes von Rechtsnormen im Hinblick auf richterliche Obersätze wird daher von diesen Grenzfällen nicht berührt.

Wenn man die verschiedenen Geltungsmodalitäten einer Rechtsnorm betrachtet, so darf deren Verschiedenartigkeit nicht überbewertet werden. Grundsätzlich treffen sie bei einer in Geltung befindlichen Norm zusammen, so daß sie nur als verschiedene Aspekte der Normgeltung erscheinen(17). Dennoch kann sich auch jeder dieser Geltungsgründe selbständig und allein verwirklichen(18). Auch wenn eine Rechtsnorm inhaltlich mit der Rechtsidee, wie sie der Rechtsordnung zugrunde liegt oder vom Rechtsanwender aufgefaßt wird, nicht übereinstimmt und daher für falsch und ungerecht gehalten wird, verliert sie dadurch grundsätzlich nicht ihre Geltung, wenn im übrigen die Chance der Durchsetzbarkeit besteht, es sich also um eine garantierte Norm handelt(19). Andererseits reicht die juristische Legitimation einer Rechtsnorm aus einer höheren allein nicht aus. Ohne die Chance der Durchsetzbarkeit handelt es sich unter Umständen um einen Normentwurf oder eine obsolet gewordene Vorschrift, nicht aber um eine geltende Rechtsnorm.
Grundsätzlich läßt sich feststellen, daß die Voraussetzungen des empirischen Geltungsgrundes vorliegen müssen, um von einer geltenden Rechtsnorm sprechen zu können. Dagegen wird die Geltung der Rechtsnorm nicht ohne weiteres dadurch beseitigt, daß der juristische Geltungsgrund zweifelhaft ist oder fehlt. Solange die Verfassungswidrigkeit einer Rechtsnorm durch das Bundes-

---

(17) Henkel, aaO., S.439f.

(18) Zippelius, NJW 1964, S.1986.

(19) Allerdings entsteht dann eine Spannung, die auf Ausgleich und Anpassung drängt, siehe Zippelius, NJW 1964, S.1986, Anm.52.

verfassungsgericht nicht festgestellt ist, "gilt"diese, auch wenn die Feststellung nicht konstitutive Wirkung hat.

§ 29

3) Normstruktur richterlicher Obersätze

Wenn im folgenden die Rechtsprechung anhand des dargelegten Rechtsnormbegriffes untersucht werden soll, so bezieht sich diese Überprüfung konkret auf die Obersätze einer Entscheidung. Gemeint sind damit die abstrakten Sätze, aus denen die weitere Fallentscheidung abgeleitet wird und von denen früher schon die Rede war. Nicht hierunter fallen die sogenannten Schlußsätze, die die unmittelbare Entscheidung einer Rechtsfrage, bezogen auf einen konkreten Fall, verkörpern und sich vor allem im Tenor der Entscheidung finden. Auch sie werden manchmal als konkrete Entscheidungsnormen bezeichnet, fallen aber nicht unter den hier entwickelten Normbegriff, da sie keine über den Anlaßfall hinausgehende Bedeutung besitzen(20).

Gent man von dem Fall schlichter Gesetzesanwendung aus, in dem das Gesetz wenig oder kaum Spielraum für eine Eigenwertung des Richters bietet, so stimmen Gesetzesnorm und Entscheidungsobersatz überein. Sie unterscheiden sich nur dadurch, daß statt des gesetzlichen Konditionalsatzes ein Gebotssatz des gleichen Inhalts vorangestellt wird. An der Rechtsnormqualität kann kein Zweifel bestehen, der Obersatz ist die gesetzliche Rechtsnorm.

Entsteht dagegen der Obersatz erst dadurch, daß der Richter mit Hilfe des Gesetzes eine neue Regel schafft, die mehr oder weniger stark eigenständig ist, auch wenn sie die vorhandenen gesetzlichen Wertungen beachtet -

(20) Siehe hierzu Dubischar, Grundbegriffe, S.78.

von der Gesetzesauslegung bis zur Lückenausfüllung und darüber hinaus noch die Fälle von contra-legem-Entscheidungen -, so läßt sich diese Gleichstellung von Gesetz und Entscheidungsobersatz nicht mehr aufrechterhalten. Das Gesetz bleibt zwar grundsätzlich der Rahmen und die Grundlage - von den Entscheidungen contra legem abgesehen -, der Obersatz formuliert aber innerhalb dessen etwas Eigenes. Dabei zeigt sich allgemein, daß auch diese Obersätze die Form und den Inhalt von Rechtsnormen haben, d.h. sie enthalten allgemeine Sollensgebote, aus denen die Entscheidung des Falles hergeleitet wird. Diese Gebote und Verbote sind ebenso sanktionsbewehrt wie gesetzliche Normen. Denn wenn sie in späteren Fällen als Obersätze der Entscheidung eingesetzt werden, so bedeutet das, daß der Richter für den Streitfall die darin enthaltene Rechtsfolge anordnet und die obsiegende Partei diese Rechtsfolge notfalls mit Rechtszwang durchsetzt, indem sie vollstrecken läßt. Allerdings handelt es sich oftmals um unselbständige Rechtssätze, die erst im Zusammenhang mit einem weiteren Obersatz oder aber mit der Gesetzesnorm, von der die Auslegung ausgeht, die Rechtsnorm bilden. Die Rechtsprechung zum wichtigen Grund bei der fristlosen Kündigung formuliert Rechtssätze, die erst in Verbindung mit § 626 BGB die vollständige Rechtsnorm bilden. Diese Erscheinung findet sich auch bei den Gesetzesnormen selbst und ist auf die Gesetzgebungstechnik zurückzuführen, die unvollständige Rechtssätze vor allem deswegen verwendet, weil dadurch Wiederholungen vermieden werden können und die einzelne Norm überschaubar bleibt. Entsprechend der früher vorgenommenen Trennung von Rechtsnormbegriff und Geltungsgrund, die zwar zu der Tautologie einer geltenden Rechtsnorm führt, sich aber als praktisch erwiesen hat, kann somit festgestellt werden, daß richterliche Obersätze unter den genannten Voraussetzungen Rechtsnormcharakter haben.

§ 30

4) Juristischer Geltungsgrund richterlicher Rechtsnormen

Wie bereits allgemein erörtert, bedarf eine Rechtsnorm der Geltung, um als solche anerkannt zu werden. Von Wichtigkeit für die weitere Untersuchung ist vor allem die juristische und die empirische Geltungsmodalität. Die beiden anderen, die logische und die ethische Geltung können grundsätzlich als gegeben unterstellt werden. Die logische Geltung bildet die Grundlage und hat über die juristische Geltung hinaus keine eigene Bedeutung: Fehlt diese, so enthält die Rechtsnorm entweder auch logische Widersprüche oder aber die Norm gilt trotz logisch zutreffender Formulierung nicht. Die ethische Geltung wird nur in Ausnahmefällen einer Norm fehlen, die dann zwar problematisch sind, hier aber keiner Erörterung bedürfen. Nicht zu verwechseln hiermit sind rechtspolitische Bedenken. Eine solche Kritik hat ihre Berechtigung immer nur in dem tatsächlichen Versuch, die Gesetzgebung bzw. die Rechtsprechung zu beeinflussen und gegebenenfalls eine Regelung oder Abänderung einer vorhandenen Regelung herbeizuführen. Sie kann dieser aber nicht die Geltung absprechen.

Die juristische Geltung einer richterlichen Norm hängt zunächst davon ab, daß sie mit dem Grundgesetz übereinstimmt. Darin unterscheidet sie sich nicht von jeder anderen gesetzlichen Norm. Sie kann daher keine juristische Geltung beanspruchen, sofern sie durch verfassungswidrige Gesetzesauslegung, Lückenausfüllung oder nähere Ausgestaltung eines verfassungswidrigen Gesetzes zustande kommt oder sonst verfassungswidrige Wertungen enthält.
Die juristische Geltung erfordert außerdem, daß die Rechtsnorm vom Gesetz zugelassen oder jedenfalls nicht

ausgeschlossen ist. Es geht um die methodische Voraussetzung, daß der Gesetzgeber den Richter zur Normsetzung ausdrücklich ermächtigt, wie z.B. bei Generalklauseln und Blankettnormen, bewußten Lücken im Sinne Hecks und unbestimmten Rechtsbegriffen. Hierher gehören auch die Fälle, daß dem Gesetz nur Fernwirkungen zu entnehmen sind, die aufgrund dieser allgemeinen Wertungen zu rechtsähnlichen Regelungen führen, oder daß das Gesetz schweigt, der Entscheidungsfall aber eine Lösung wegen des Rechtsverweigerungsverbots verlangt.
Anders als bei der Gesetzesnorm, die grundsätzlich nur mit dem Grundgesetz übereinstimmen muß, um juristische Geltung beanspruchen zu können(21), darf die richterliche Norm inhaltlich mit dem Gesetz nicht in Widerspruch stehen, dessen Wertungen - soweit vorhanden und verwertbar - zu berücksichtigen sind(22). Die Abhängigkeit folgt aus der subsidiären Regelungsbefugnis des Richters. Nur dann hat eine richterliche Rechtsnorm trotz Widerspruchs mit dem Gesetz juristische Geltung, wenn dem Gesetz diese Geltung fehlt, zum Beispiel weil es nicht oder zumindest nicht in dem in Frage stehenden Anwendungsbereich mit der Verfassung übereinstimmt(23).

---

(21) Eine Ausnahme gilt bei den sogenannten Kollisionslücken. Hier fehlt einer Gesetzesnorm die juristische Geltung, auch ohne daß deren Verfassungswidrigkeit festgestellt werden muß, weil sie mit einer anderen gesetzlichen Norm unmittelbar in Widerspruch steht. Es gilt keine der beiden Normen, so daß eine Lücke entsteht. Darüber hinaus wird allerdings der Gesetzgeber immer bemüht sein, systemwidrige Regelungen zu vermeiden.

(22) So auch: Kruse, Richterrecht als Rechtsquelle, S.8.

(23) Z.B. die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Persönlichkeitsverletzungen. § 253 BGB steht insoweit, als er diese Ansprüche verhindern würde, im Widerspruch mit Art.1 GG. Die Rechtsprechung hat gegenüber § 253 BGB derogierende Wirkung.
hierher gehören allgemein die Fälle der sogenannten Restriktion; auch die obige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs könnte man als restriktive, abändernde Auslegung des § 253 BGB bezeichnen.

Das gleiche gilt, wenn die gesetzliche Norm obsolet geworden ist, d.h. nicht mehr angewendet wird und damit ohne empirische Geltung ist. In diesen Fällen zulässiger contra-legem-Entscheidungen kann der Richternorm derogierende Bedeutung zukommen.

Schließlich erfordert die juristische Geltung richterlicher Normen ein weiteres: Der Richter muß zur Aufstellung eines solchen Rechtssatzes berechtigt sein. Es handelt sich um eine Art funktioneller Zuständigkeit(24). Aufgrund der im einzelnen dargelegten Verfassungsgrundsätze ist der Richter nur zuständig, soweit er mit einer Rechtsfrage durch den Anlaßfall befaßt ist und soweit der Gesetzgeber keine Regelung vorgenommen hat(25). In diesem Rahmen ist er aus dem Gedanken der Rechtssicherheit und der dem Revisionsrichter obliegenden Aufgabe der Rechtseinheit und Rechtsfortbildung berechtigt und verpflichtet, nicht nur den Einzelfall zu entscheiden, sondern zunächst einen abstrakten Obersatz zu formulieren, der wegen seiner abstrakten und allgemeinen Fassung Normcharakter hat.
Die Beschränkung auf die Rechtsfragen die der Gesetzgeber nicht oder nicht vollständig geregelt hat, ergibt sich bereits aus dem Gewaltenteilungsprinzip und der daraus hergeleiteten Gesetzgebungsprärogative der Legislative. Die weitere Eingrenzung der Regelungsbefugnis auf den zu entscheidenden Streitfall, auch wenn der Richter an einer umfassenderen Regelung durch gesetzliche Norm nicht gehindert wäre, folgt aus den grundsätzlich unterschiedlichen Ausgangsvoraussetzungen der Legislative und Judikative.
Die gesetzliche Norm ist das Endergebnis eines langwierigen Prozesses, der in der Regel mit einem Referentenentwurf des zuständigen Fachministeriums beginnt. Im Arbeitsrecht macht also ein Gesetzesentwurf des Arbeits-

---

(24) Siehe hierzu Grimmer, Normativität des Faktischen, S.126 ff.

(25) Ebenso Coing, Grundzüge, S.341.

ministeriums den Anfang, oft gefolgt von Entwürfen der interessierten Parteien, Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften. Der Entwurf durchläuft die verschiedenen Stationen des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens und setzt sich dabei den Einflüssen der Vertreter der betroffenen gesellschaftlichen Gruppen aus. Bei arbeitsrechtlichen Gesetzentwürfen sind die Vertreter der Arbeitgeber und Gewerkschaften im Parlament selbst und als Lobby gegenwärtig. Für schwierigere und umfangreichere Entwürfe wird eine Enquête-Kommission eingesetzt, die unter Umständen eine weitere Anpassung an rechtspolitische, wirtschaftliche und soziale Bedürfnisse erforderlich macht. Das Gesetz wird schließlich, wenn es insgesamt einen politisch durchsetzbaren Inhalt erhalten hat, in Geltung gesetzt. Die tatsächlichen Voraussetzungen des Regelungsgegenstandes sind in der Regel vorher umfassend geprüft und geklärt worden.
Einen solchen Klärungsprozeß kann der Richter im anders organisierten prozessualen Streitverfahren nicht herbeiführen. Ausgangspunkt ist hier immer die konkrete Interessenlage der Parteien. Zwar kann und muß der Richter von diesem konkreten Fall auf die Merkmale kommen, die allgemein von Bedeutung sind und auch in ähnlichen Sachverhalten zu einem Interessenwiderstreit führen können. Sonst kann er keine allgemeine Rechtsnorm treffen. Eine umfassende Klärung der tatsächlichen Voraussetzungen und rechtspolitischen Gesichtspunkte wie im Gesetzgebungsverfahren kann der Richter jedoch nicht herbeiführen[26].

---

(26) Siehe hierzu: Westermann, Richterliche Streitentscheidung, S.32, 39; Herschel, JZ 1967, S.736; A.Arndt, NJW 1963, S.1276; Mayer-Maly, RdA 1970, S.292; ders., RdA 1964, S.442; P.Schneider, aaO., S.32; Birke, Richterliche Rechtsanwendung, S.20. Der von Birke (aaO., S.45 ff.) vertretenen Ansicht, richterliche Rechtsschöpfung könne und müsse durch die empirische Ermittlung der Durchschnittswertung der Bevölkerung vermieden werden, muß allerdings widersprochen werden, auch wenn die richterliche Normbildung der Gesetzgebung grundsätzlich unterlegen ist. Mag es auch wünschenswert sein, daß der

Dem Klärungsprozeß des Gesetzgebungsverfahrens andererseits überhaupt vergleichbar ist - wenn auch in beschränktem Maße - das Prozeßverfahren mit dem teils streitigen, teils unstreitigen Vortrag der Parteien. Dieser Umfang wird in doppelter Hinsicht eingeschränkt: Einmal bestimmen die Parteien aufgrund der den Zivilprozeß beherrschenden Verhandlungs- und Dispositionsmaxime den zugrunde liegenden Tatsachenstoff und den Streitgegenstand. Hieran ist der Richter gebunden. Zum anderen steht immer nur ein Einzelfall zur Entscheidung, der auch die Grundlage für die Aufstellung richterlicher Normen bildet.

In diesem Rahmen gewinnt der Richter aus dem Parteienvotrag einen umfassenden Einblick in die tatsächlichen Verhältnisse und zugrunde liegenden Interessengegensätze, da die Parteien bestrebt sein müssen, alles, was zu ihren Gunsten ausschlägt, möglichst umfassend vorzutragen. Auf diese Entscheidungsgrundlage darf der Richter nicht verzichten, da seine Aufgabe die Streitentscheidung ist und nicht die Bildung umfassender rechtlicher Normen im Interesse der Rechtseinheit und Rechtssicherheit. Er kann es auch nicht, da er den Parteienvortrag nicht durch theoretische Erörterungen der hypothetischen Interessenlage ersetzen kann, die bald zur Spekulation würden und doch nicht alle möglichen Fall-

---

Richter sich bei Wertungen, die keinen Anhaltspunkt im Gesetz haben, stärker an den Wertungsvorstellungen der Gesellschaft ausrichten sollte, so zeigen doch die bisherigen Untersuchungen, daß die richterliche Eigenwertung viel öfter und undramatischer erforderlich wird als in den von Birke herausgezogenen Beispielen (Geschlechtsverkehr unter Verlobten: Unzucht?; Sittenwidrigkeit der Tubenligatur). In den meisten Fällen wird sich kein konkretes Wertungsbewußtsein der Bevölkerung feststellen lassen. Im übrigen läßt sich der von Birke vorgeschlagene Weg nicht verwirklichen, da das Gericht - auch nicht das Bundesarbeitsgericht als letzte Instanz - für jede kontroverse Wertungsfrage eine demoskopische Umfrage anstellen lassen kann.

gestaltungen erfassen könnten[27].
Der Richter ist also im Rahmen des Streitfalles und, soweit durch diesen geboten, zur Normsetzung befugt. Nur insoweit ist er mit der Sache befaßt und nur insoweit liegen den rechtlichen Erwägungen tatsächliche Feststellungen zugrunde. Wie weit die richterliche Norm über den Einzelfall notwendig hinausreicht, kann zweifelhaft sein und hängt vom Einzelfall ab. Letztlich liegt die Entscheidung beim Richter, der hier einenachprüfbares Ermessen ausübt.
Im Grundsatz ist jedoch festzuhalten, daß die juristische Geltung einer richterlichen Rechtsnorm neben der Übereinstimmung mit Gesetz und Verfassung auch die richterliche Zuständigkeit aus dem Anlaßfall erfordert[28]

Vergleichbare Geltungsvoraussetzung bei der Gesetzesnorm ist die Zuständigkeit des Gesetzgebers als Teils der formellen Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes. Diese Zuständigkeit unterscheidet sich allerdings in wesentlichen Punkten, da sie sich vor allem auf das Verhältnis Bund - Länder bezieht.
Im einzelnen sind die Fragen der juristischen Geltung von Richternormen schwer zu beantworten. Auf die Schwierigkeit, die durch den Entscheidungsfall abgesteckte "Zuständigkeit" des Richters für die Aufstellung einer Norm festzustellen, wenn man auch noch die erweiterten Aufgaben des Revisionsgerichts berücksichtigt, wurde hingewiesen. Hinzu kommt, daß die Feststellung, ob ein Rechtsprechungssatz mit gesetzlichen Normen und darüber hinaus mit der Verfassung übereinstimmen und damit juristische Geltung beanspruchen kann, wesentlich von

---

(27) Erwägenswert hierzu der Vorschlag von Mayer-Maly, bei Fragen von grundsätzlicher Bedeutung, deren Regelung durch den Richter sich nicht vermeiden läßt, weil der Gesetzgeber schweigt, Entscheidungen des Großen Senats auf der Grundlage breit angelegter Hearings herbeizuführen (VersR 1969, S.868; ebenso in DRiZ 1971, S.325 ff.(329).

(28) Ähnlich: Kruse, aaO., S. 8, 16.

rechtspolitischen und methodischen Standpunkt des Rechtsanwenders abhängt. Denn es handelt sich darum, die Ausfüllung eines Wertungsspielraums durch den Richter zu überprüfen. Auch bei abweichender Ansicht entfällt daher nicht immer die juristische Geltung.

§ 31

5) Empirischer Geltungsgrund richterlicher Rechtsnormen

Wir hatten den empirischen Geltungsgrund einer Norm mit Max Weber in der Chance der Durchsetzbarkeit als einer garantierten Norm gesehen und über das Verhältnis von juristischem und empirischem Geltungsgrund festgestellt, daß eine Norm, der die empirische Geltung fehlt, nicht als geltende Rechtsnorm angesehen werden kann.
Die Chance der Durchsetzbarkeit kann genauer bezeichnet werden als hinreichend sichere Aussicht, daß ein richterlicher Rechtssatz auch in künftigen Fällen, die gleich oder ähnlich in den tatsächlichen Voraussetzungen gelagert sind, angewendet wird, und zwar allgemein vom Rechtsverkehr und bei Streitfällen vom Richter. Die Qualität als garantierte Norm hängt davon ab, daß ein Organisationsapparat zur Verfügung steht, der Rechtszwang ausüben kann, und zwar bei staatlichen Rechtsnormen eine staatliche Organisation. Da richterliche Normen von den Gerichten als staatlichen Behörden in Geltung gesetzt werden und damit staatliches Recht enthalten, gilt insofern für richterliche und gesetzliche Normen die gleiche Organisation: Die staatlichen Gerichte wenden die Normen an und geben mit dem vollstreckbaren Urteil die Grundlage für eine zwangsweise Durchsetzung. Die Zwangsvollstreckung weist keine Besonderheiten aus, da jeder vollstreckbare Titel vollstreckt werden kann, gleichgültig ob das Urteil materiell auf gesetzlichen oder richterlichen Normen beruht.

Der empirische Geltungsgrund hängt also davon ab, ob die Anwendung richterlicher Normen durch die Gerichte gewährleistet ist. Abweichende Ausnahmen beseitigen dabei nicht den Normcharakter.

Hier zeigt sich auch die Bedeutung letztinstanzlicher Entscheidungen. Nur die von der letzten Instanz aufgestellten oder übernommenen Rechtssätze können die Bedeutung garantierter Normen gewinnen, da nur den Revisionsgerichten die funktionelle und faktische Autorität einer staatlichen Entscheidungsstelle zukommt, eine Rechtsfrage endgültig und verbindlich zu entscheiden. Bei Instanzengerichten besteht dagegen immer die Möglichkeit einer abweichenden Entscheidung durch das Obergericht.

Auch beim empirischen Geltungsgrund ergeben sich Besonderheiten für richterliche Normen gegenüber dem Gesetz. Während die empirische Geltung einer Gesetzesnorm grundsätzlich nicht zweifelhaft sein kann, zwingen bei der richterlichen Norm zahlreiche Abgrenzungsfragen dazu, in jedem Einzelfall den Geltungsgrund festzustellen. Zwar ist auch bei einer richterlichen Norm eines letztinstanzlichen Gerichts grundsätzlich anzunehmen, daß es sich um garantiertes Recht handelt. Wenn aber zum Beispiel die juristische Geltung einer solchen Norm fehlt, weil sie über den Anlaßfall hinaus Regelungen trifft oder mit dem positiven Gesetz oder der Verfassung nicht übereinstimmt, was wegen der größeren Abhängigkeit öfter vorkommt als beim Gesetz, so bleibt das nicht ohne Auswirkung auf die empirische Geltung, da es sich jeweils nur um Geltungsmodalitäten der Normgeltung insgesamt handelt. Dadurch kann sich die Chance der Durchsetzbarkeit so mindern, daß nicht mehr von garantiertem Recht gesprochen werden kann.
Eine besondere Schwierigkeit ergibt sich für den Revisionsrichter daraus, daß er gewissermaßen seine eigene Entscheidung im Vorgriff miteinbeziehen muß in die

Überlegung, ob es sich um eine garantierte Norm handelt. Denn er stellt insoweit eine Prognose auf, wie sich die vorgefundene richterliche Norm in Zukunft durchsetzt. Dazu gehört aber auch maßgeblich, ob er selbst sie anwendet. Soweit er selbst die Norm seiner Entscheidung zugrunde legen will, ergeben sich keine besonderen Schwierigkeiten. Will er dagegen abweichen, so wird die Prognose kaum sicher möglich sein. Es besteht hier eine unauflösliche Antinomie[29]. Diese Ausnahmesituation ändert nichts daran, daß der Begriff der empirischen Geltung grundsätzlich brauchbar ist. Außerdem ist von dem Grundsatz auszugehen, daß die empirische Geltung auch bei einmaliger Abweichung bestehen bleibt. Sonst könnte der erkennende Richter, der von einer richterlichen Norm abweichen will, dies jederzeit mit der Begründung tun, wegen dieser seiner Absicht komme der Norm keine Geltung mehr zu.

Ob ein später entscheidender Richter dann tatsächlich noch von einer garantierten Norm auszugehen hat, ist eine andere Frage, die nur von diesem unter Berücksichtigung der inzwischen eingetretenen Entwicklung entschieden werden kann.

Ein weiteres Problem ergibt sich daraus, daß die Verbindlichkeit geltender Normen eine andere ist, ob es sich um gesetzliche oder richterliche Normen handelt. Gegenüber dem Rechtsunterworfenen besteht allerdings kein wesentlicher Unterschied: Für ihn ist jede geltende Rechtsnorm gleichermaßen verbindlich. Verstößt er dagegen, so muß er bei gesetzlichen wie bei richterlichen Normen mit Sanktionen rechnen.
Beim rechtsanwendenden Richter ist es dagegen anders. An die Gesetzesnorm bindet ihn der aus dem Gewaltenteilungsprinzip entstammende formelle Grundsatz der Bindung an das Gesetz, Art.20 Abs.3, 97 GG. Hier kann er nur abweichen, wenn die Norm nicht mehr gilt, wenn sie gegen die

(29) Ebenso Schreiber, Rechtsnormen, S.148 ff.

Verfassung verstößt und damit ihr juristischer Geltungsgrund weggefallen ist und in den Ausnahmefällen zulässiger contra-legem-Entscheidungen.
Eine solche formelle Bindung an richterliche Rechtsnormen im Sinne einer starren Präjudizienbindung gibt es nach dem Grundgesetz nicht. Ausnahmen sind Fälle, in denen diese Bindung positiv geregelt ist, wie zum Beispiel die Rückverweisung im Revisionsrecht, § 565 Abs.2 ZPO(30).
Jeder Richter kann demnach auch von geltenden richterlichen Normen abweichen, ohne gegen den Grundsatz der Gesetzesbindung zu verstoßen. Wohl aber zwingt ihn in der Regel das materielle rechtsstaatliche Gebot der Rechtssicherheit, eine richterliche Norm, die er als geltend festgestellt hat, auch anzuwenden. Denn es entspricht grundsätzlich einem Gebot der Rechtssicherheit, daß der Richter geltende staatliche Rechtsnormen anwendet. Das hierauf gerichtete Vertrauen des Rechtsverkehrs ist schutzwürdig.
Daß geltende Richternormen nur auf dem Wege über die Grundsätze der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit auch dem rechtsanwendenden Richter gegenüber Verbindlichkeit erlangen, mag widersprüchlich erscheinen, folgt aber aus der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes, die eine formelle Bindung an Präjudizien nicht kennt. Danach hat der Richter ein volles materielles Prüfungsrecht gegenüber richterlichen Rechtsnormen und kann auch die Verbindlichkeit einer in Geltung befindlichen Norm für sich ablehnen, wenn er zu einem anderen rechtlichen Ergebnis kommt. Insofern gehen die Bindung an das Gesetz und die richterliche Unabhängigkeit vor. Eine formelle Bindung läßt sich auch nicht auf dem Umweg über Art.3 Abs.1 GG herstellen: Die Abweichung von einer richterlichen Rechtsnorm verletzt allein deswegen nicht den Gleichheitsgrundsatz, es sei denn, die Abweichung beruht auf sachfremden Erwägungen. Eine Verfassungsbe-

---

(30) Siehe hierzu BVerfGE 12, 67(71).

schwerde läßt sich hierauf in der Regel nicht stützen[31]. Diese Entscheidung erfordert aber eine genaue Abweichung gegenüber den verfassungsmäßigen Grundsätzen der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit, die die Beachtung einer geltenden Norm verlangen. Eine Vermutung spricht dafür, diese Bindung zu beachten.
Allgemein läßt sich somit feststellen, daß richterliche Obersätze geltende Rechtsnormen darstellen können, daß aber die Feststellung der Geltung eine gründliche Untersuchung erfordert, sowohl was Umfang und Abgrenzung gegen nicht, nicht mehr oder noch nicht geltende Normen angeht, als auch, was die Frage der Verbindlichkeit für den rechtsanwendenden Richter betrifft.

§ 32

6) Verhältnis zur herrschenden Lehre vom Gewohnheitsrecht

Die hier entwickelte Ansicht von der Normqualität richterlicher Rechtssätze wird von der herrschenden Ansicht in der Literatur abgelehnt. Danach kommt dem sogenannten Gerichtsgebrauch keine eigenständige Bedeutung als Rechtsnorm zu. Eine Pflicht des Richters, richterliche Obersätze anderer Entscheidungen zu beachten, bestehe deswegen nicht, weil dem deutschen und allgemein kontinentalen Recht im Gegensatz zum angelsächsischen Rechtskreis eine formelle Bindung an Präjudizien letztinstanzlicher Gerichte fremd sei. Eine solche Bindung könne sich aber bei einer ständigen, gleichbleibenden Rechtsprechung zu einer Rechtsfrage ergeben. Geltungsgrund der "sich entwickelnden Norm" sei das Gewohnheitsrecht. Durch Aufnahme der Regel in den Gemeinwillen (auch Rechtsgeltungswille oder opinio necessitatis genannt) werde der Gerichtsgebrauch zum Gewohnheitsrecht. Die Ansichten, wann dieser Prozeß abgeschlossen sei,

(31) Siehe hierzu Larenz, in: Festschrift für Schima, S.260.

Dies wird besonders deutlich, wenn man die Krustendicke über der Re-Zahl aufträgt, wie es Bild 42 zeigt. Bei sehr kleinen Strömungsgeschwindigkeiten wuchs bei hoher Uebersättigung (Serie 1) ein äußerst lockerer Pelz senkrecht von der Heizfläche weg. Die dünnen Kristallnadeln entsprechen in ihrer Länge der Dicke der Kruste, obwohl man hier eigentlich von einer zusammenhängenden Kruste nicht mehr sprechen kann. Bei geringerer Uebersättigung (Serie 3) wachsen die Kristalle dagegen vorwiegend in der Heizflächenebene und es entsteht ein lockeres Netzwerk von sich kreuzenden Nadeln (siehe Bild 44a). Das ergibt bei Serie 1 große bei Serie 2 geringe Krustendicken bei kleinen Re-Zahlen. Mit steigender Re-Zahl nimmt die Krustendicke bis zu einem Minimum bei Serie 1 ab um dann mit der Re-Zahl wieder anzusteigen. Bei Serie 3 erkennt man, daß bei größeren Re-Zahlen kaum noch ein Einfluß feststellbar ist.

Dieses Verhalten kann folgendermaßen erklärt werden. Der Transport der Ca^{2+}- und SO_4^{2-}-Ionen an die Heizfläche erfolgt durch turbulenten Transport und durch Diffusion über die laminare Unterschicht. Die treibende Konzentrationsdifferenz $(c_w - c_s)$ für den Einbau der Ionen in das Kristallgitter verläuft über diese Schicht annähernd proportional der Temperaturdifferenz $(T_W - T_\infty)$. Dies ist in Bild 43 schematisch dargestellt, wobei zunächst in 43 a die glatte unverkrustete Heizfläche $(c_w = c_\infty)$ und in 43 b der wachsende Einzelkristall $(c_w < c_\infty)$ betrachtet wird.

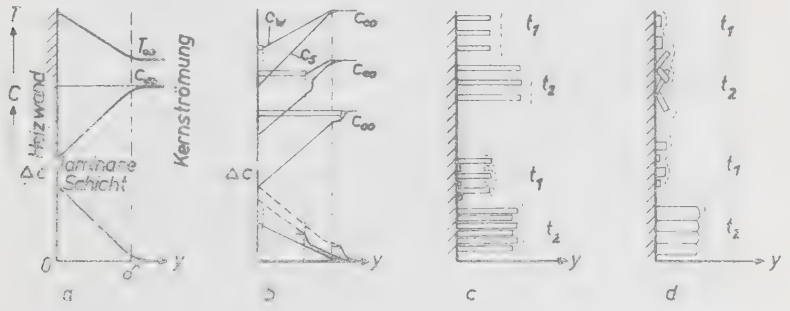

Bild 43: Schematische Darstellung des Einflusses der mit dem dem Wandabstand sich ändernden Uebersättigung

In Deutschland sei dieser Prozeß Anfang des 19.Jahrhunderts in Gang gekommen und heute abgeschlossen, so daß es praktisch kein Gewohnheitsrecht mehr gebe(34).

Die Gewohnheitsrechtsproblematik ist zu komplex, als daß sie hier umfassend erörtert werden könnte. Es kann daher nur um das Verhältnis zum sogenannten Richterrecht gehen. Die herrschende Lehre scheitert an ihren eigenen Widersprüchen. Zum einen ist die Vorstellung abzulehnen, erst eine ständige Rechtsprechung schaffe eine verbindliche - gewohnheitsrechtliche - Rechtsnorm. Die Erfahrung zeigt, daß bereits die erste Entscheidung die Rechtsnorm begründet. Gerade die im ersten Hauptteil angeführten Rechtsprechungsbeispiele belegen diese Feststellung. Die Entscheidung des Großen Senats vom 18.1. 1955 begründete die neue Arbeitskampfkonzeption und bedurfte nicht der nachfolgenden Bestätigung. Die einzelnen Entscheidungen zum Betriebsrisiko regelten jeweils den in Frage stehenden Teilbereich verbindlich. Ebensowenig hat die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zur Gratifikationsrückzahlungsklausel erst nach einer gewissen Zahl von bestätigenden Urteilen allgemeine Bedeutung erlangt.
Demgegenüber wird gefordert, bei einer normativen Betrachtungsweise müsse zwischen "rein faktischer" und normativer Bindung unterschieden werden. Da sich diese Bindung nicht erkennbar unterscheidet, weil bereits die erste Entscheidung den Rechtssatz verbindlich formuliert und beachtet wird, scheitert dieser Einwand daran, daß er kein überzeugendes Kriterium für den Übergang zur normativen Bindung liefert. Noch weniger läßt sich für die herrschende Lehre die Möglichkeit einer Rechtsprechungsänderung erklären, wenn ein Gerichtsgebrauch zu Gewohnheitsrecht erstarkt ist. Gewohnheitsrecht entsteht durch consuetudo, getragen vom allgemeinen Rechtsgeltungswillen und vergeht durch desuetudo,

(34) Siehe hierzu Enneccerus-Nipperdey, AT, Halbb.1, S.262; Esser, Festschrift für v.Hippel, S.125f.

wenn also eine Norm nicht mehr vom Gemeinwillen getragen ist und tatsächlich nicht mehr befoglt wird. Beides liegt aber einer abweichenden Entscheidung offensichtlich nicht zugrunde. Nach dieser Ansicht erginge jede abweichende Entscheidung contra legem bzw. contra ius und wäre damit in der Regel unzulässig(35). Die Folge wäre eine unerwünschte Erstarrung der Rechtsentwicklung bzw. ein Ausweichen auf die Methode des distinguishing(36). Der entscheidende Einwand liegt aber darin, daß die Gewohnheitsrechtsbildung auf einem völlig anderen Wege erfolgt. So sehr sich die einzelnen Gewohnheitsrechtstheorien unterscheiden mögen, so besteht doch insoweit Einigkeit, daß das Gewohnheitsrecht unabhängig oder sogar gegen die staatliche Rechtsetzung im Volk oder in einzelnen betroffenen Gesellschaftsschichten entsteht und vom Staat anerkannt wird. Diese Anerkennung soll aber nicht konstitutiv sein, sondern die Normbildung lediglich bestätigen.

Bei der richterlichen Normsetzung ist es jedoch umgekehrt. Der Richter schafft die Norm - ebenso wie der Gesetzgeber - als staatliche Normsetzungsbehörde. Auch wenn er sich erfolgreich darum bemüht, soziale Bedürfnisse und soziologische Gepflogenheiten zu berücksichtigen und normativ zu regeln, so liegt doch der eigentliche Normsetzungsakt in der richterlichen Entscheidung, nicht in der vorgefundenen Regelung. Ebensowenig ist die richterliche Norm in ihrer weiterwirkenden Geltung unmittelbar abhängig von der Aufnahme in den allgemeinen Rechtsgeltungswillen. Zwar können sich daraus Auswirkungen auf Lebensdauer und Wirksamkeit der Norm ergeben. Ihre Geltung wird jedoch dadurch weder begründet noch beseitigt. Diese Feststellung mag rechtspolitisch bedauerlich sein, da sie bloßlegt, daß die Gesellschaft in diesem Bereich keine selbständige Recht-

---

(35) So konsequent: Enneccerus-Nipperdey, aaO., S.268 Anm.11.

(36) Siehe hierzu O.A.Germann, Präjudizien als Rechtsquelle, S.23 ff.

setzungsbefugnis (mehr) hat. Das ändert aber nichts daran, daß es sich bei den richterlichen Normen um staatlich gesetztes Recht handelt, nicht um Gewohnheitsrecht[37].

Ob darüber hinaus überhaupt noch Gewohnheitsrechtsbildungen möglich sind, soll, wie gesagt, hier nicht entschieden werden[38]. Für den Bereich des Arbeitsrechts spielt das Gewohnheitsrecht jedenfalls neben der staatlichen Normsetzung durch Gesetzgebung und Rechtsprechung keine nennenswerte Rolle mehr[39].

---

(37) Rechtsnormqualität wird mit unterschiedlicher Begründung bejaht von: Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, passim (z.B. S.240f); O.A.Germann, Rechtsfindung, S.269 ff, 372f; ders., Präjudizien als Rechtsquelle, S.47 ff.; ders. in ZSR NF Bd.68 (1949), S.423 ff.; Meyer-Cording, Rechtsnormen, S.59 ff., 66 ff. (er weist zu Recht darauf hin, daß gerade die Entwicklung im Arbeitsrecht unmöglich gewesen wäre. Wenn die Lehre vom Gewohnheitsrecht stimmte, so hätte das Arbeitsrecht in den sozialen Verhältnissen des 19.Jahrhunderts steckenbleiben müssen, S.67); Meier-Hayoz, aaO., S.256 ff. (er bejaht eine beschränkte Befolgungspflicht); Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S.471 ff.; Zippelius, NJW 1964, S.1986; ders., Methodenlehre, S.87 ff.; Less, Richterrecht, S.60, 66; Spiro, Über den Gerichtsgebrauch, S.286 ff.; Adomeit, Rechtsquellenfragen, S.37 ff.; Redeker, NJW 1972, S.411.

(38) Siehe hierzu Meyer-Cording, aaO., S.70 ff.

(39) So vor allem auch Adomeit, aaO., S.56 ff.

II. Kapitel: Umfang und Abgrenzung richterlicher Rechtsnormen

§ 33

1) Einzelfallentscheidungen

Im folgenden sollen einzelne Probleme zu diesen theoretischen Ergebnissen anhand der Rechtsprechung untersucht werden. Bevor weitere Eingrenzungen die Geltung richterlicher Rechtsnormen verdeutlichen, sind die Fälle auszuscheiden, in denen eine Rechtsnorm überhaupt fehlt, weil die Entscheidung des konkreten Falles nicht aus einem abstrakten richterlichen Obersatz hergeleitet wird. Es fehlt hier bereits an einem Rechtssatz im obigen Sinn, so daß sich die weiteren Probleme zur Rechtsgeltung nicht mehr stellen. Solche Fälle liegen dann vor, wenn sich weder eine gesetzliche Norm findet, die für den Rechtsstreit zutrifft, noch die Aufstellung einer richterlichen Norm - aus welchen Gründen auch immer - möglich erscheint. Dann versucht der Richter, den Rechtsstreit nach allgemeinen Billigkeitserwägungen zu entscheiden, ohne den Interessengegensatz allgemein regeln zu können. Solche Entscheidungen sind deswegen gefährlich, weil die Rechtslage weiterhin ungeregelt bleibt. Der Fall ist nur nach seinen eigenen Besonderheiten entschieden worden, ohne daß der Rechtsverkehr weiß, wie künftige, gleich oder ähnlich gelagerte Interessengegensätze entschieden werden, weil das Gericht möglicherweise Abweichungen des Sachverhalts, die fast immer zu finden sind, zum Anlaß nimmt, zu einem anderen Ergebnis zu kommen. Der damit verbundene Zustand der Rechtsunsicherheit muß so schnell wie möglich beseitigt werden im Interesse einer überschaubaren Rechtslage.
Andererseits befriedigt eine solche Entscheidung auch die streitenden Parteien selbst nicht. Sie wollen keine Billigkeitsentscheidung, sondern eine Entscheidung, die

allgemein der Interessenlage gerecht wird und auch in jedem anderen Falle - von den Besonderheiten des Sachverhalts abgesehen - ergangen wäre.

Wenn diese Billigkeitsrechtsprechung daher in der Literatur allgemein abgelehnt wird unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und Rechtseinheit(40), so ist diese Ansicht im Hinblick auf die weitergehende Bedeutung der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Grundsatz richtig, bedarf aber doch der Einschränkung und Berichtigung. Es wird nicht genügend berücksichtigt, daß die gesamte Rechtsprechung unter dem Rechtsverweigerungsverbot steht und der Richter in jedem Falle eine Entscheidung treffen muß. Selbst wenn also zum Beispiel die Rechtsfrage noch dogmatisch völlig ungeklärt und in der Rechtsprechung und Literatur entweder überhaupt nicht erörtert oder kontrovers behandelt wird, ebenso wenn die tatsächlichen Grundlagen des Rechtsstreits so im Fluß sind, daß eine allgemeine Interessenlage überhaupt noch nicht zu erkennen ist, muß der Richter entscheiden. Er kann nicht wie der Gesetzgeber die Frage bis zu einer weiteren Klärung - zum Beispiel auch der parlamentarischen Mehrheitsverhältnisse - zurückstellen. In diesen Fällen ist es sogar besser, wenn der Richter nur allgemein einen ersten Klärungsversuch macht, im übrigen aber eine Einzelfallentscheidung trifft und damit die weitere Entwicklung offenhält, als wenn er ohne die notwendige Klärung der Interessenlage und der zu entscheidenden Rechtsfragen Grundsätze aufstellt, die sich dann sehr bald als korrekturbedürftig erweisen. Eine allgemeine Abgrenzungsregel gibt es nicht. Der Richter entscheidet darüber in eigener Verantwortung, muß sich aber die Problematik der Entscheidung vor Augen führen.

---

(40) Esser, Grundsatz und Norm, S.278 Anm.165; Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, S.76, 96 ff., 181 ff., 269 ff.; O.A.Germann, Rechtsfindung, S.216 ff.; siehe auch Mayer-Maly, Anm. zu AP Nr.35 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

Diese Ansicht teilt auch das Bundesarbeitsgericht. Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß es besonders stark bemüht ist, Einzelfallentscheidungen zu vermeiden[41]. Dennoch ist das nicht immer möglich. So stellt es bei der Zulässigkeit von Rückzahlungsklauseln im Gratifikationsrecht anfangs fest, daß über die zulässige Länge solcher Klauseln nur im Einzelfall entschieden werden könne[42]. Bereits in dieser Entscheidung bemüht es sich um Abgrenzungskriterien. Erst in den späteren Entscheidungen folgen dann die genauen Regeln, die das Bundesarbeitsgericht hierzu aufgestellt hat[43].

Darüber hinaus unterscheidet das Bundesarbeitsgericht insbesondere bei der Ausfüllung von Generalklauseln eine zusätzliche Zwischenstufe. Wenn das Gericht bereits eine verallgemeinernde Wertung vornehmen will, die über den Einzelfall hinausgeht, aber noch keinen abstrakten Rechtssatz glaubt aufstellen zu können, dann formuliert es eine"Richtlinie", an die man sich im allgemeinen in dieser Frage wird halten können[44]. Richtlinien haben zwar keinen Normcharakter, weil sie kein

---

(41) Siehe hierzu schon § 10 (S.31 ff.).
Wenn das Bundesarbeitsgericht allerdings in AP Nr.2 zu § 143 d AVAVG ein Billigkeitsrecht ablehnt, so ist damit ein anderer Fall gemeint: "Der Richter ist nicht befugt, sich im Wege eines 'richterlichen Billigkeitsrechts' über eindeutige gesetzliche Vorschriften, die der Gesetzgeber in voller Erkenntnis ihrer Tragweite geschaffen hat, die der Richter aber für unbefriedigend hält, hinwegzusetzen." (Leitsatz 2). Hier geht es aber um Fälle, in denen solche eindeutigen gesetzlichen Vorschriften fehlen.

(42) BAG AP Nr.15 zu § 611 BGB Gratifikation.

(43) Siehe § 8 (S.25 ff.).

(44) BAG AP Nr.20 zu § 72 ArbGG 1953. Ob es sich um eine Richtlinie im eben genannten Sinne handelt oder um einen richterlichen Obersatz mit Normcharakter, muß allerdings jeweils geprüft werden, da das Bundesarbeitsgericht keine einheitliche Terminologie verwendet. So bezeichnet das Bundesarbeitsgericht in AP Nr.57 zu § 611 BGB Gratifikation die zum Recht der Rückzahlungsklauseln aufgestellten Regeln als Richtlinien, obwohl es hier selbst vom Normcharakter ausgeht.

Gebot im Normsinne enthalten. Sie sollen aber die Normbildung vorbereiten und fördern und gleichzeitig bereits in diesem Stadium im Interesse der Rechtssicherheit von der Einzelfallentscheidung wegführen.
Dieses Vorgehen des Bundesarbeitsgerichts erscheint sinnvoll und praktikabel, weil das Gericht sich dadurch - jedenfalls im Bereich der Generalklauseln - die Möglichkeit eröffnet, erste Schritte auf dem Wege zu einem allgemeinen Rechtssatz zu gehen, ohne sich vorzeitig binden zu müssen.
Im übrigen bemüht sich das Bundesarbeitsgericht bewußt und mit Erfolg, Einzelfallentscheidungen soweit möglich im Interesse der Rechtssicherheit zu vermeiden; denn es ist sich über seine normsetzende Funktion im klaren(45).

§ 34

2) Einfluß auf die juristische Geltung

Wie sich aus dem bisher Gesagten ergibt, ist der Richter als Normsetzer nicht selbstherrlich, sondern unterliegt den gesetzlichen Wertungen und Regeln. Mißachtet oder mißversteht er sie, so ergeht die richterliche Norm unter Verstoß gegen die Bindung an Gesetz und Recht und das Gewaltenteilungsprinzip, es sei denn, es handelt sich um eine zulässige Entscheidung contra legem. Ein solcher Verstoß begründet allerdings keine Verfassungsbeschwerde, weil das Gewaltenteilungsprinzip kein Grundrecht und kein Recht im Sinne des Art.93 Abs.1 Nr.4a GG darstellt. Wohl aber betrachtet es die Rechtswissenschaft als ihre Aufgabe, durch Argumentation und Überzeugungskraft das Gericht dazu zu bewegen, solche Normen, die dennoch empirische Geltung haben, durch Änderung der Rechtsprechung aufzuheben. Die

(45) In AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf spricht es von "gesetzesvertretendem Richterrecht" (Bl.12R).

juristische Geltung einer richterlichen Norm hängt somit davon ab - wie bereits allgemein dargelegt -, daß sie mit den gesetzlichen Normen nicht in Widerspruch steht. Da sowohl die methodische als auch die inhaltliche Übereinstimmung auch von Wertungen abhängt, kommt hier der Urteilsbegründung erhebliche Bedeutung zu. Der Richter kann in Zweifelsfällen durch eine überzeugende Begründung die Richtigkeit einer bestimmten Auslegung nachweisen oder darlegen, daß zum Beispiel das Gesetz bei verständiger Würdigung eine Lücke aufweist und daß die Lücke in der vorgenommenen Weise ausgefüllt werden muß.

Als Beispiel soll die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Hausarbeitstagsgesetz von Nordrhein-Westfalen dienen. Nach § 1 HAG-NRW haben Frauen mit eigenem Hausstand, die im Durchschnitt wöchentlich mindestens 40 Stunden arbeiten, Anspruch auf einen bezahlten arbeitsfreien Wochentag (Hausarbeitstag). Der 1.Senat hatte entgegen der früheren Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte entschieden, daß es für diesen Anspruch nicht darauf ankomme, ob die Arbeitnehmerinnen an allen sechs Werktagen der Woche beschäftigt würden(46). Weder Wortlaut noch Entstehungsgeschichte der Vorschrift rechtfertigen diese Annahme. Gesetzliches Kriterium für das Vorliegen eines solchen Anspruchs sei allein die Mindestbelastung von 40 Stunden. Diese Entscheidung stellt eine Norm auf, die die gesetzliche Norm näher erläutert und sich in deren Rahmen bewegt. Aus dieser Übereinstimmung folgt die juristische Geltung. Demgegenüber hat der Große Senat den Anspruch später abgelehnt, wenn die Arbeitnehmerinnen infolge Arbeitszeitverkürzung Samstags frei haben, jedoch weiterhin wöchentlich mehr als 40 Stunden arbeiten(47).

Obwohl im Gesetz nicht genannt, hat das Bundesarbeitsgericht im Wege der "Restriktion" bzw. "abändernden

(46) BAG AP Nr.7 zu § 1 HAG-NRW.
(47) BAG AP Nr.19 zu § 1 HAG-NRW.

Rechtsfindung" das Gesetz um ein neues Tatbestandsmerkmal erweitert: Der Anspruch auf einen freien Tag im Monat soll nur dann begründet sein, wenn die Arbeitnehmerin nicht ohnehin durch die übliche Arbeitsverteilung im Betrieb einen Wochentag im Monat frei habe. Die Restriktion ist - hier jedenfalls - in Wirklichkeit eine Entscheidung contra legem[48], da sie Ansprüche vereitelt, die nach dem Gesetz gegeben wären; denn § 1 HAG-NRW stellt lediglich auf die zeitliche Arbeitsbelastung ab, nicht auf die Arbeitszeitverteilung. Hierzu war das Gericht nicht berechtigt, da der Fall gesetzlich geregelt und das Gericht hieran gebunden war. Die engen Voraussetzungen einer zulässigen Entscheidung contra legem liegen somit nicht vor[49]. Trotz ausführlicher Begründung gelingt es dem Bundesarbeitsgericht weder, die methodische Zulässigkeit für die Aufstellung einer solchen Norm nachzuweisen ("Restriktion"), noch die inhaltliche Übereinstimmung mit dem Gesetz ("Arbeitszeitverteilung entscheidend"). Dieser Norm fehlt die juristische Geltung, an ihrer empirischen Geltung ist jedoch nicht zu zweifeln, zumal es sich um eine Entscheidung des Großen Senats handelt, die wiederholt bestätigt worden ist[50]. Die Entscheidung ist daher dennoch in der wissenschaftlichen Literatur angegriffen worden[51].

---

(48) Siehe § 26 (S.94 ff.).

(49) Hiervon zu unterscheiden ist die restriktive oder einschränkende Auslegung im Gegensatz zur extensiven oder ausdehnenden Auslegung. Zu dem Begriff im einzelnen: Ramm in ArbuR 1962, S.353 ff., vor allem unter Hinweis auf die engeren Voraussetzungen, die Nipperdey verlangt (in Enneccerus-Nipperdey, AT.des Bürgerlichen Rechts, 1.Halbb., S.346).

(50) Siehe BAG AP Nr.22, 25 zu § 1 HAG-NRW.

(51) Vor allem Ramm in ArbuR 1962, S.353 ff.; siehe auch Welzel in Arbeitsschutz 1964, S.22o ff.(222); A. Arndt in NJW 1964, S.1273 ff., 1281; Haberkorn in MDR 1962, S.451 ff. (der das Ergebnis aber de lege ferenda für begrüßenswert hält); zustimmend dagegen A.Hueck in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 69 Anm.22 (S.722).

Innerhalb des gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Rahmens hat das Gericht als Normsetzer auch die Möglichkeit, die Rechtsqualität seiner Normen näher zu bestimmen. Es kann anordnen, ob diese Normen als zwingendes oder nachgiebiges Recht gelten sollen. Diese Befugnis hat nur dort eine Grenze, wo die Qualifikation als nachgiebiges Recht ihrerseits gegen gesetzliche Bestimmungen verstößt. So hat das Bundesarbeitsgericht die von ihm entwickelten Regeln der Betriebsrisikoverteilung zu nachgiebigem Recht erklärt, das sowohl durch Tarifvertrag als auch durch Einzelvertrag abbedungen werden kann(52). Darüber hinaus hat das Bundesarbeitsgericht richterliche Normen zu tarifdispositivem Recht erklärt, d.h. es erkennt das Tarifrecht als stärkere Rechtsquelle an, der gegenüber die eigenen Rechtsnormen zurücktreten können. Dagegen gelten sie gegenüber Einzelvertragsparteien als zwingendes Recht(53).
Zum Beispiel hat das Bundesarbeitsgericht den Tarifvertragsparteien gestattet, von den Normen abzuweichen, die es zur Zulässigkeit von befristeten Arbeitsverträgen aufgestellt hat(54). Hiergegen bestehen allerdings Bedenken, da diese Normen daraus entwickelt worden sind, daß die Befristung von Arbeitsverträgen ohne sachlichen Grund als objektive Gesetzesumgehung zwingender Kündigungsvorschriften unwirksam seien. Diese richterliche Norm wird somit aus zwingendem Recht hergeleitet und zählt damit gleichfalls zum zwingenden Recht. Sie kann also nicht abdingbar sein, auch nicht für die Tarifvertragsparteien. Die Grenze der richterlichen Befugnis

---

(52) BAG AP Nr.5 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; zustimmend Hueck, Anm. in AP, unter Hinweis auf die übereinstimmende Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts.

(53) Siehe BAG AP Nr.54, 57, 63, 68 zu § 611 BGB Gratifikation; ebenso BAG DB 1972, S.340 ff.; zustimmend Biedenkopf, Anm. zu BAG AP Nr.54 aaO. in AP; Herschel in DB 1967, S.247 ff.; ders. in DB 1971, S.2114 ff.; ders. in RdA 1969, S.211 ff.(213); Gamillscheg, Anm. zu BAG AP Nr.63 aaO in AP; ablehnend E.Wolf in SAE 1966, S.52.

(54) BAG AP Nr.32 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

über die Qualität des selbstgeschaffenen Rechts zu entscheiden, ist somit überschritten(55).

Im Rahmen seiner Rechtsetzungsbefugnis kann das Gericht auch genaue Regelungen treffen, wie zum Beispiel genaue Summen, Fristen, kalendermäßige Stichtage etc. Wenn der Richter überhaupt zur Rechtsetzung befugt ist, wie im einzelnen dargelegt worden ist, so umfaßt diese Befugnis auch die genannten Konkretisierungen.
So hat das Bundesarbeitsgericht die in § 133 ab Abs.1 GewO maßgebliche Gehaltsgrenze durch die vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Preisindexzahlen für die Lebenshaltung ersetzt, nachdem es eine Gesetzeslücke hinsichtlich dieser Grenze bejaht hatte(56)
Schließlich soll im folgenden eine weitere Einflußmöglichkeit des Gerichts auf die juristische Geltung seiner Rechtsnormen erörtert werden.

§ 35

3) Unterscheidung: tragender Rechtssatz - obiter dictum

Auf die Unterscheidung zwischen tragenden Rechtssätzen der Entscheidung und sogenannten obiter dicta ist im

---

(55) Siehe hierzu Seiter in SAE 1970, S.206 ff.; anders Richardi, er sieht in der tarifvertraglichen Regelung nur eine Konkretisierung der Rechtsnorm, die der Große Senat aufgestellt hatte (Anm. zu BAG AP Nr.32 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag in AP) Allgemein zu der Grenze, die auch den TV-Parteien durch Schutzvorschriften und allgemeine Grundsätze gezogen ist: BAG BB 1972, S.340 ff.

(56) BAG AP Nr.1 zu § 133 ab GewO; ähnlich AP Nr.22, 23, 69 zu § 611 BGB Gratifikation; ablehnend Wieacker in JZ 1963, S.176: "Aber es ist einfach nicht vom Sternenhimmel der Rechtsidee zu holen, daß die Stichzahl dieser Relation 1 : 12 und die Stichzeit der 31.März sein soll."); Larenz, Kennzeichen, S.6, 11f. Ein ähnliches Problem ergibt sich bei der richterlichen Festsetzung der Mehrheitsverhältnisse bei § 13 BetrVG: BAG AP Nr.1 zu § 13 BetrVG.

Laufe der Untersuchung bereits mehrfach hingewiesen worden. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts berücksichtigt diesen Unterschied vor allem bei der Zulässigkeit der Divergenzrevision(57). Außerdem nimmt das Bundesarbeitsgericht darauf Bezug, wenn es von seiner eigenen Rechtsprechung abweichen will(58). Das Bundesarbeitsgericht unterscheidet genauer zwischen dem tragenden Komplex rechtlicher Erwägungen und Rechtsausführungen, die einführend, erläuternd, ergänzend oder sonst bei Gelegenheit der Entscheidung gemacht werden(59). Für die hier zu prüfenden Fragen kommt es nur auf die Rechtsausführungen an, die die Form von Rechtsnormen haben, d.h. ein rechtliches Gebot enthalten.
Dadurch wird der Kreis der zu untersuchenden obiter dicta erheblich eingeschränkt. In der Regel werden obiter dicta nicht als Rechtssätze formuliert, sondern als allgemeine Rechtsausführungen, denen bereits aus diesem Grunde der Normcharakter fehlt. In diesem Rahmen kommt den obiter dicta eine wichtige Funktion zu: Das Gericht kann seine Rechtsprechung näher erläutern, zum Beispiel methodische(60) und rechtspolitische(61) Ausführungen machen, die Richtung der künftigen Rechtsprechung zu einer Rechtsfrage andeuten und dadurch den Rechtsverkehr

---

(57) Siehe § 16 mit Anm.21 (S.53).

(58) Siehe § 13 (S.38 ff.).

(59) BAG AP Nr.3 zu § 72 ArbGG 1953.

(60) Z.B. zum tarifdispositiven Richterrecht: AP Nr.54, 57 zu § 611 BGB Gratifikation; AP Nr.32 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; DB 1972, S.340 ff. Allgemein zur richterlichen Normsetzung: AP Nr.22, 23, 57 zu § 611 BGB Gratifikation; AP Nr.1 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation; AP Nr.18 zu § 76 BetrVG; AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf; DB 1972, S.340 ff. Kein Abweichen von der bisherigen Rechtsprechung, wenn sowohl diese als auch die abweichende Meinung gute Gründe haben: AP Nr.13 zu § 76 BetrVG; AP Nr.35 zu § 1 ArbKrankhG; AP Nr.57 zu § 611 BGB Gratifikation.

(61) Z.B. der Streik sei volkswirtschaftlich unerwünscht: BAG AP Nr.1, 32 zu Art.9 GG Arbeitskampf; BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko, Friedensaufgabe jeder Normsetzung; BAG AP Nr.21 zu § 616 BGB.

auch auf eine Rechtsprechungsänderung vorbereiten[62].

All dieser Möglichkeiten bedient sich das Bundesarbeitsgericht und ist dadurch in den Ruf gekommen, besonders freizügig mit der Verwendung von obiter dicta zu sein[63].

Eine genaue Grenze läßt sich nicht ziehen, da das Gericht grundsätzlich auch Rechtsausführungen machen kann, die nicht unmittelbar die Entscheidung als Obersatz tragen. Andererseits ergeben sich Grenzen daraus, daß das Gericht immer nur mit dem Anlaßfall befaßt ist und nur insoweit zuständig ist. Es ist also zum Beispiel nicht befugt, anläßlich eines Streitfalles ein Rechtsgutachten über angrenzende Rechtsfragen abzugeben[64]. Das gilt auch für die Tätigkeit des Großen Senats, wenn auch hier der Spielraum aufgrund der zusätzlichen Aufgaben etwas größer ist.
Auch diese beiläufigen Rechtsausführungen mögen schon eine gewisse Bindungswirkung entwickeln. Eine Normgeltung im eigentlichen Sinne kommt ihnen aber nicht zu, da sie keine Rechtsregeln zum Inhalt haben.

Untersucht man nun die obiter dicta, die als Rechtssätze formuliert sind, auf ihre Rechtsnormqualität und Bindungswirkung, so gewinnt hier die Untersuchung der verschiedenen Geltungsgründe ihre Bedeutung. Als Voraussetzung des juristischen Geltungsgrundes war die Übereinstimmung mit den juristischen Normen, aus denen sie hergeleitet wird und die sie gleichzeitig "konkre-

---

(62) Z.B. BAG AP Nr.8, 9, 10 zu § 75 b HGB (Verfassungswidrigkeit der Karenzklausel des § 75 b HGB); BAG AP Nr.22 zu § 66 BetrVG (Nichtanhörung des Betriebsrates bei fristloser Kündigung); DB 1972, S.340 ff.

(63) Siehe Mayer-Maly in RdA 1970, S.294; ders., Anm.zu BAG AP Nr.69 zu § 611 BGB Gratifikation; ders. in RdA 1964, S.442; ders. in DB 1970, S.445; Wolf, Anm. zu BAG AP Nr.1 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation; Mayer-Maly/Nipperdey, Risikoverteilung, S.14, 24 ff.; Wieacker, JZ 1963, S.176; Herschel in DB 1967, S.246.

(64) Ebenso BAG AP Nr.32 zu Art.9 GG Arbeitskampf (Bl.2R).

tisiert", gefordert worden sowie die "Zuständigkeit" des Gerichts, die sich aus dem Anlaßfall ergibt. Den vom Gericht anläßlich eines Rechtsstreits und nebenbei ausgesprochenen Rechtssätzen fehlt der juristische Geltungsgrund, weil die zweite Voraussetzung nicht gegeben ist. Es besteht nur ein mittelbarer Zusammenhang zum Streitfall.
Damit steht aber noch nicht fest, daß diesen Rechtssätzen jede Normwirkung fehlt. Auch ohne juristischen Geltungsgrund kann ein Rechtssatz empirische Geltung und damit Normcharakter haben, nämlich dann, wenn die Chance der staatlichen Durchsetzbarkeit wahrscheinlich ist. Diese empirische Geltung wird man grundsätzlich auch den nebenbei ausgesprochenen Rechtssätzen nicht absprechen können. Das Bundesarbeitsgericht stellt solche Rechtsnormen in der Erwartung auf, daß sie vom Rechtsverkehr und den Instanzgerichten beachtet werden.

Als Beispiel soll die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur sogenannten Abmahnung vor fristloser Kündigung herangezogen werden. Gemeint ist die vom Bundesarbeitsgericht aufgestellte Forderung, daß derjenige, der die fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses aussprechen will, zuvor die Vertragsleistung "abgemahnt" haben muß. Diese Forderung ist in zwei Entscheidungen erhoben worden, die fristlose Kündigung wegen kommunistischer Agitation im Betrieb zum Gegenstand hatten[65]. In einer Entscheidung ist hierzu auch ein Leitsatz formuliert worden[66]. In beiden Fällen handelt es sich um beiläufige Rechtssätze, die die Entscheidung nicht tragen, denn in beiden Fällen lagen die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung nicht vor, so daß es auf das zusätzliche Erfordernis einer Abmahnung

(65) BAG AP Nr.28 zu § 66 BetrVG und AP Nr.57 zu § 626 BGB.

(66) BAG AP Nr.57 zu § 626 BGB, Leitsatz 2: "Soll wegen einer Störung im Leistungsbereich fristlos gekündigt werden, so ist in der Regel eine vorhergehende Abmahnung erforderlich.".

nicht mehr ankam. Die Besonderheit der letztgenannten Entscheidung liegt zusätzlich darin, daß der zitierte Leitsatz in der Urteilsbegründung keine Entsprechung findet. Dort wird die Frage nur aufgeworfen.
Allerdings ist diesen beiden Entscheidungen schon ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts vorausgegangen, in dem ebenfalls eine Abmahnung verlangt worden ist(67). Dort wird aber ausdrücklich vorausgesetzt, daß es sich um den reinen gegenseitigen Leistungsbereich, nicht um den Vertrauens- oder den betrieblichen Bereich des Arbeitsverhältnisses handele(68) (69). Gerade in diesen Bereich der vertraglichen Nebenpflichten, die über den reinen Leistungsbereich hinausgehen, fallen die erwähnten Fälle kommunistischer Agitation. Die Bezugnahme auf die erste Entscheidung geht somit fehl, da das dort ausgesprochene Erfordernis einer Abmahnung zumindest eine Erweiterung

---

(67) BAG AP Nr.1 zu § 124 GewO.

(68) Die Bezugnahme auf den gegenseitigen Leistungsbereich ist aber grundlegend für die weitere Argumentation: Die Voraussetzung einer Abmahnung wird aus einer entsprechenden Anwendung des § 326 BGB auf das Recht der Kündigung hergeleitet. § 326 BGB findet aber nur auf die gegenseitigen Hauptpflichten eines synallagmatischen Vertragsverhältnisses Anwendung.

(69) Nicht näher eingegangen werden soll auf die weitere Frage, ob es zutrifft, daß eine solche Abmahnung aus § 326 BGB hergeleitet werden kann. Abgesehen von der Schwierigkeit, den "reinen Leistungsbereich" von den sonstigen Vertragspflichten zu trennen, obwohl das Gesetz bei der fristlosen Kündigung diese Unterscheidung nicht macht, lehnt die h.M. diese Ansicht ab, weil die Kündigung die spezielle Regelung gegenüber dem Rücktrittsrecht des § 326 BGB und damit eine lex specialis darstellt. Siehe hierzu Söllner in SAE 1968, S.39 f mit weiteren Nachweisen zur h.M. und Thiele in SAE 1969, S.54 ff.; a.A. Hueck, Anm. zu AP Nr.1 zu § 124 GewO in AP. Folgt man hier der h.M., so würde der Norm des Bundesarbeitsgerichts insgesamt auch deswegen die juristische Geltung fehlen, weil sich eine entsprechende Pflicht aus den einschlägigen Vorschriften auch nicht mittelbar herleiten läßt, sondern diesen vielmehr widerspricht.

erfahren hat, obwohl auch der erwähnte Leitsatz 2 auf den Leistungsbereich Bezug nimmt.
Das Bundesarbeitsgericht stellt hier also einen Rechtssatz auf, der juristische Normgeltung nicht beanspruchen kann, weil er die Entscheidung nicht trägt, sondern beiläufig ausgesprochen worden ist, so daß das Gericht vom Anlaßfall her zur Aufstellung einer solchen Rechtsnorm nicht befugt war. Dennoch ist die Chance der Durchsetzbarkeit wahrscheinlich, da auch die Instanzgerichte dieser Rechtsprechung folgen und das Bundesarbeitsgericht, wenn es die Voraussetzungen für gegeben hält, einer fristlosen Kündigung ohne Abmahnung die rechtliche Wirksamkeit absprechen würde. Hierauf hat sich der Rechtsverkehr einzustellen, von einem Rechtsanwalt wird die Kenntnis und Beachtung dieser Norm und die entsprechende Beratung des Mandanten verlangt.

Dieses Auseinanderfallen ist außerordentlich mißlich, da es sich um Normen handelt, denen der juristische Geltungsgrund fehlt, weil das Gericht zur Aufstellung der Normen nicht berechtigt war. Auch wenn dadurch die Normqualität nicht beseitigt wird, ergeben sich praktische Konsequenzen. Ein Anwalt wird sich bemühen, die Beseitigung dieser Norm zu erreichen, wenn sie seiner Partei hinderlich ist, und unter Umständen ein Rechtsmittel darauf stützen, daß die richterliche Norm unrichtig ist und daher aufgehoben werden muß. Ein Instanzgericht wird eher geneigt sein, der Norm trotz empirischer Geltung die Anerkennung zu verweigern, um eine Korrektur herbeizuführen. Die letzte Instanz wird sich leichter entschließen, die von ihr selbst aufgestellte Norm abzuändern und damit eine gewisse Rechtsunsicherheit in Kauf zu nehmen, wenn sie dadurch zu einer Norm gelangen kann, die auch die juristische Geltung in Anspruch nehmen kann.
Dagegen kann man nicht unter Hinweis darauf, daß es sich bei einer richterlichen Norm um ein obiter dictum

handelt, jede Normqualität und Bindungswirkung leugnen[70].

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu diesem Komplex ist widersprüchlich. So geht es einerseits bei den Fällen der Divergenzrevision davon aus, daß nur beim Abweichen von tragenden Rechtssätzen eine Divergenz in Betracht kommt[71]. Andererseits erwartet es als selbstverständlich, daß seine Rechtsnormen, auch wenn sie eine Entscheidung nicht tragen, als bindendes, geltendes Recht beachtet werden[72]. Schließlich entdeckt es aber wieder den Unterschied zwischen tragenden und nicht tragenden Komplexen, wenn es selbst seine Rechtsprechung abändern will[73]. Dadurch schafft es sich einen unzulässig weiten Entscheidungsspielraum, der die zulässige Befugnis zur Normsetzung überschreitet.
Begrüßenswert wäre ein Verzicht auf jede Normsetzung, soweit sie nicht durch den Streitfall bedingt ist[74]. Sofern aber das Bundesarbeitsgericht dennoch über seine Entscheidungsbefugnis hinaus Rechtsnormen setzt, die mit empirischer Geltung ausgerüstet sind, so hat es diese Normqualität auch selbst zu beachten. Das hat zur Folge, daß auch dann eine Divergenzrevision zulässig sein muß, und daß es nicht jede Bindungswirkung sich selbst gegenüber leugnen darf. Ein Abweichen ist deswegen nicht

---

(70) So aber vor allem Wolf, Anm. zu BAG AP Nr.17 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation.

(71) Siehe Anm.2, 21.

(72) Siehe vor allem BAG AP Nr.22, 23 zu § 611 BGB Gratifikation und die nachfolgende Rechtsprechung.

(73) Siehe §.13 (S.38 ff.).

(74) Vor einer Normsetzung durch obiter dicta warnt auch Mayer-Maly (siehe die Fundstellen in Anm.3, 63). Er verweist vor allem auf die Unterscheidung im angloamerikanischen Recht zwischen ratio decidendi und obiter dictum. Präjudizielle Wirkung im Sinne des angloamerikanischen Rechts hat nur die ratio decidendi.

ausgeschlossen, setzt aber eine Auseinandersetzung mit dieser Bindungswirkung voraus.

§ 36

4) Einfluß auf die empirische Geltung

Wenn Rechtsnormen auch daraus ihren Geltungsgrund herleiten, daß ihre staatliche Durchsetzbarkeit wahrscheinlich ist und sie daher zum staatlich garantierten Recht zählen, so ist bei richterlichen Normen der Einfluß des Richters auf die Chance der Durchsetzbarkeit von besonderem Interesse, und zwar des Revisionsrichters, da dieser gleichzeitig Rechtsetzer und Rechtsanwender ist. Die Prognose hängt in erster Linie davon ab, ob zu erwarten ist, daß er eine von ihm geschaffene Norm auch in Zukunft beachten und anwenden und damit ihr zu Wirksamkeit verhelfen wird.
Dabei ist der Einfluß auf die juristische Geltung, der oben behandelt worden ist, hier auszuklammern, obwohl sich daraus auch Rückwirkungen auf die empirische Geltung ergeben. Eine richterliche Norm mit juristischer Geltung wird in der Regel zum garantierten Recht zählen, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, die den Schluß zulassen, daß zum Beispiel eine Rechtsprechungsänderung in dieser Frage vorgesehen ist. Fehlt dagegen die juristische Geltung, so wird sehr sorgfältig zu prüfen sein, ob eine solche Norm dennoch als garantiertes Recht gilt und durchzusetzen ist.

Ein wichtiges Mittel, durch das das Gericht die empirische Geltung richterlicher Normen beeinflussen kann, und dessen sich das Bundesarbeitsgericht in weitem Umfange bedient, ist die Übernahme in amtliche Leitsätze, die der Entscheidung vorangestellt werden. Dadurch werden einzelne Rechtssätze in optisch übersichtlicher Form zusammengefaßt, die man sonst aus dem Zusammenhang

der Urteilsbegründung erst herauslösen müßte. Das Bundesarbeitsgericht gibt mit der Aufstellung von Leitsätzen zu erkennen, daß es die darin formulierten Normen für besonders wichtig hält und beachtet wissen will.

Gegen die Verwendung von Leitsätzen ist grundsätzlich nichts einzuwenden, da die richterliche Normsetzungsfunktion unabhängig davon besteht und diese Normen durch Leitsätze lediglich für den Rechtsanwender und den Rechtsunterworfenen überschaubar werden(75). Kritisch wird die Aufstellung von Leitsätzen jedoch in zwei Fällen: wenn die Urteilsbegründung keine Ausführungen zu der Rechtsfrage enthält, so daß der Leitsatz keine Entsprechung in der Begründung hat, und wenn der Leitsatz aus einem obiter dictum hergeleitet wird(76). In beiden Fällen ist das Gericht zur Aufstellung dieser Normen nicht befugt, da der zu entscheidende Rechtsstreit keinen Anlaß bietet und das Gericht daher nicht zuständig ist. Diesen Normen fehlt die juristische Geltung, wie bereits zur Frage der obiter dicta ausgeführt worden ist. Ihre empirische Geltung und damit Normqualität hängt davon ab, ob das Bundesarbeitsgericht selbst sie in Zukunft anwenden wird. Hierfür ist die Formulierung als Leitsatz ein wichtiges Indiz. Unabhängig hiervon und

---

(75) Allerdings besteht immer die Gefahr, daß bei der Formulierung von Leitsätzen Vorbehalte, Einschränkungen oder Voraussetzungen verloren gehen, so daß der Leitsatz allgemeiner lautet, als es der Urteilsbegründung zu entnehmen ist. Zum Problem der Leitsatzbildung allgemein: Säcker, Koalitionsfreiheit, S.121 Anm.297; Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, S.190; A.Arndt, NJW 1964, S.1273 ff.(1281); Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S.273 ff.; ablehnend: Esser, Grundsatz und Norm, S.281; Ramm, JZ 1964, S.496.

(76) Beispiele dafür, daß ein Leitsatz keine Entsprechung in der Begründung hat: BAG AP Nr.57 zu § 626 BGB, Leitsatz 2 (siehe hierzu § 35, S.135); AP Nr.2 zu § 7 KSchG, Leitsatz 1 (in Wirklichkeit nimmt die Urteilsbegründung zu der im Leitsatz beurteilten Frage überhaupt nicht Stellung); AP Nr.4 zu §§ 898,899 RVO (der Begriff der Zumutbarkeit taucht in den Entscheidungsgründen nicht auf). Beispiele dafür, daß obiter dicta als Leitsätze formuliert werden: BAG AP Nr.28 zu § 66 BetrVG; AP Nr.57 zu § 626 BGB; AP Nr.2 zu § 7 KSchG; AP Nr.2a, 23 zu § 611 BGB Gratifikation.

und ohne wesentliche Auswirkung auf die empirische Geltung bleibt kritisch festzustellen, daß das Bundesarbeitsgericht in extensiver Form von der Möglichkeit der Leitsatzbildung Gebrauch macht und sich dabei nicht auf die Übernahme tragender Obersätze der Entscheidung beschränkt(77).

Ein anderes Mittel ist die Bestätigung einer Entscheidung bzw. eines Rechtssatzes in späteren Entscheidungen, die die gleiche Rechtsfrage zu entscheiden hatten. Zwar hängt die Normqualität einer richterlichen Norm nicht von einer ständigen Rechtsprechung ab, wie die Anhänger der gewohnheitsrechtlichen Theorie meinen. Die Rechtsnorm wird bereits mit der ersten Entscheidung gesetzt. Wohl aber hat die spätere Bestätigung einer richterlichen Norm Einfluß auf die hier zu untersuchende empirische Geltung. Sie zeigt an, daß das Gericht nicht die Absicht hat, an seiner Rechtsprechung etwas zu ändern, sondern daß die einmal aufgestellten Rechtsnormen auch in Zukunft gelten sollen(78).

Weiterhin pflegt das Bundesarbeitsgericht die Bedeutung von Rechtssätzen, die es selbst aufstellt, dadurch hervorzuheben, daß es Rechtsstreitigkeiten mit gleichen oder ähnlichen Sachverhalten, die jeweils dieselben Rechtsfragen aufwerfen, zusammenfaßt und am selben Tage

---

(77) Allgemeine Beispiele für umfangreiche Leitsatzbildungen: BAG AP Nr.2 zu § 7 KSchG; AP Nr.2 zu § 13 KSchG; AP Nr.57 zu § 626 BGB; AP Nr.32 zu Art.9 GG Arbeitskampf; AP Nr.2 zu § 1 TVG Friedenspflicht.

(78) Beispiele für die Bestätigung einer richterlichen Norm finden sich in der gesamten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts; z.B. zahlreiche Entscheidungen bestätigen die Normen zum Gratifikationsrecht (BAG AP Nr.27, 28, 31 bis 33 zu § 611 BGB Gratifikation); die Rechtsprechung zum Verhältnis von § 66 BetrVG zum KSchG; im Arbeitskampfrecht die Bestätigung der Entscheidung des Großen Senats von 1955.

entscheidet[79]. Gegen die Zulässigkeit dieses Verfahrens bestehen nur dann Bedenken, wenn dadurch Festsetzungen des Geschäftsverteilungsplanes verändert oder verschoben werden. Dann wäre die verfassungsrechtliche Garantie des gesetzlichen Richters, Art.101 Abs.1 Satz 2 GG, verletzt.

Schließlich kann das Bundesarbeitsgericht die empirische Geltung von richterlichen Normen dadurch negativ beeinflussen, daß es klar macht, daß die Rechtsprechung in Zukunft geändert werden wird. Durch eine solche Ankündigung einer Rechtsprechungsänderung wird nicht nur der bis dahin bestehende Vertrauensschutz des Rechtsverkehrs in die Gültigkeit der Rechtsnorm zerstört, sondern gleichzeitig der empirische Geltungsgrund beseitigt, da es nunmehr für die Zukunft nicht mehr wahrscheinlich ist, daß zum Beispiel ein auf eine solche Norm gestützter Anspruch mit Hilfe der staatlichen Gerichte durchgesetzt werden kann. Dieser Möglichkeit bedient sich das Bundesarbeitsgericht zu Recht in der Erkenntnis der Bedeutung der von ihm aufgestellten Rechtsnormen[80].

Die empirische Geltung hängt nicht nur von dem Einfluß ab, den das Bundesarbeitsgericht selbst ausübt. Es gibt daneben zahlreiche andere Einwirkungen, die wesentlich sind für die Prognose, daß es sich um garantiertes Recht handele. An erster Stelle steht die Veröffentlichung der Entscheidungen in den verschiedenen Publikationsorganen. Hierauf hat auch das Bundesarbeitsgericht selbst Einfluß durch die Veröffentlichung von

---

(79) Z.B.: BAG AP Nr.22, 23 sowie Nr.31 bis 33 zu § 611 BGB Gratifikation; AP Nr.1 und 2 zu § 66 BetrVG; AP Nr.16 bis 18 zu Art.3 GG; AP Nr.4, 5 zu § 626 BGB; AP Nr.25, 26 zu Art.12 GG; AP Nr.32 bis 34 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

(80) BAG AP Nr.8, 9, 10 zu § 75 b HGB (Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift); AP Nr.22 zu § 66 BetrVG (bisherige Einschränkung, wonach unter bestimmten Voraussetzungen bei fristlosen Entlassungen die Nichtanhörung nach § 66 BetrVG zur Nichtigkeit der Kündigung führen könnte, soll in Zukunft fallengelassen werden); BAG DB 1972, 340 ff.

Entscheidungen in der amtlichen Entscheidungssammlung. Diese Veröffentlichungen machen allerdings nur einen geringen Teil der gesamten Rechtsprechung aus. Insoweit wird aber jedenfalls die Absicht des Bundesarbeitsgerichts deutlich, die amtlich veröffentlichten Entscheidungen mit den darin aufgestellten Rechtssätzen dem Rechtsverkehr besonders wirksam bekannt zu machen. Diese Absicht läßt den weiteren Schluß zu, daß das Bundesarbeitsgericht die streitigen Rechtsfragen auch in Zukunft durch die aufgestellten Richternormen geregelt wissen will. Allgemein ist die Veröffentlichung der in einer Entscheidung aufgestellten Rechts-normen von ausschlaggebender Bedeutung für den empirischen Geltungsgrund und damit für die Normqualität überhaupt. Ein nicht veröffentlichter richterlicher Obersatz zählt nicht zum garantierten Recht, weil die Chance, daß ein solcher Satz dennoch bekannt ist und beachtet wird, gering ist. Der Rechtsverkehr kann sich nicht darauf einstellen, weil er keine Kenntnis von der Existenz eines solchen Satzes haben kann. Auch den Gerichten und selbst dem Bundesarbeitsgericht wird eine solche Regel meist unbekannt sein. Es handelt sich lediglich um einen Normentwurf, der entweder durch eine spätere Veröffentlichung noch Normqualität erlangen kann oder aber durch Bezug- und damit Übernahme in eine andere Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts. Die Norm tritt dann erst mit diesem späteren Zitat in Geltung.
Insgesamt erscheint die Frage der Publikation bei der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht so problematisch, wie bei der Rechtsprechung anderer oberster Bundesgerichte, weil alle wichtigen Entscheidungen veröffentlicht werden. Es kommt nur selten vor, daß das Bundesarbeitsgericht auf eine nichtveröffentlichte Entscheidung Bezug nimmt[81]. Wenn allerdings das Bundes-

(81) Z.B. wird in BAG AP Nr.29 zu Art.12 GG Bezug genommen auf eine unveröffentlichte Entscheidung des 2.Senats; ähnlich BAG AP Nr.3 zu § 96 ArbGG 1953: die dort erwähnten Entscheidungen des 2.Senats sind jedoch in AP Nr.1 und 2 zu § 3 TOA veröffentlicht

arbeitsgericht davon ausgeht, daß eine richterliche Norm sofort mit der Verkündung der Entscheidung, in der sie enthalten ist, Geltung erlangt, so kann dem nicht gefolgt werden, es sei denn, eine Entscheidung wird sofort über die Tagespresse bekannt gemacht. Die Verkündung erreicht sonst trotz der Öffentlichkeit der Verhandlung nur die Parteien des Rechtsstreits(82)

Unabhängig von einzelnen Fragen zeigt sich bei dem Problem der Veröffentlichung ein entscheidender Nachteil richterlicher Normen gegenüber gesetzlichen Normen, was das erstrebte Ziel der Rechtssicherheit angeht. Während beim Gesetz Klarheit über Zeit und Ort der Veröffentlichung und Zeitpunkt des Inkrafttretens herrscht, fehlt diese Klarheit bei der richterlichen Norm. Der Zeitpunkt ihres Inkrafttretens hängt manchmal von Zufällen ab oder ist nicht genau feststellbar. Diese Unsicherheit unterstreicht die These von der Subsidiarität richterlicher Normen und das verfassungsrechtliche Gebot der Bindung des Richters an Gesetz und Recht mit der Folge, daß der Richter nur im Rahmen des Streitfalles zur Normsetzung befugt ist. Es führt andererseits aber nicht zu dem Schluß, jede Normwirkung richter-

---

worden. Ob das zeitlich später geschehen ist, läßt sich nicht feststellen. In diesem Falle wäre der maßgebende Zeitpunkt für die Wirksamkeit lediglich vorgezogen worden.

(82) Siehe hierzu BAG AP Nr.3 zu Art.9 GG Arbeitskampf. Im Grunde geht es hier aber nicht um die Frage nach dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens, sondern um das Problem der Rückwirkung. Das Bundesarbeitsgericht schließt sich hier der herrschenden Meinung an, wonach Rechtsprechung lediglich Rechtsfindung sei. Das'geltende Recht' ist also schon da und findet nun Eingang in die geläuterte Rechtsauffassung des Gerichts. Daher sind nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts die Grundsätze des Großen Senats von 1955 zum Arbeitskampfrecht auch dann anzuwenden, wenn diese Entscheidung erst während der Berufung des zu entscheidenden Rechtsstreits ergangen ist. Zum Problem der Rückwirkung soll noch Stellung genommen werden.

licher Sätze zu leugnen[83].

Die empirische Geltung richterlicher Normen wird auch dadurch beeinflußt, wie eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in der Öffentlichkeit aufgenommen wird, insbesondere von den betroffenen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften, aber auch von der rechtswissenschaftlichen Literatur, und ob die anderen Gerichte - vor allem die Instanzgerichte - die richterlichen Normen anwenden oder generell ihre Anwendung ablehnen. Diesen Einfluß darf man nicht überschätzen. Selbst eine allgemeine Ablehnung durch die Öffentlichkeit oder durch die Wissenschaft beseitigt nicht die Normqualität. Sie ist nur mittelbar von Bedeutung, weil sie Einfluß haben kann auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und dieses zu einer Änderung veranlaßt[84]. Im übrigen ist es zu einer allgemeinen Ablehnung der Rechtsprechung durch die Instanzgerichte noch nicht gekommen, da auch diese die Bindungswirkung der richterlichen Normen

---

(83) Zum Problem der Publikation richterlicher Entscheidungen: Ramm, JZ 1964, S.494 ff.; Meier-Hayoz, aaO., S.186, 190; Spiro, Über den Gerichtsgebrauch, S.1, 295, 300; O.A.Germann, Präjudizien als Rechtsquelle, S.30; Knittel, Problem der Rückwirkung, S.60; Mayer-Maly, RdA 1970, S.294; ders., Anm. zu BAG AP Nr.32 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

(84) Etwas Ähnliches gilt für den Fall, daß die betroffenen Kreise eine richterliche Norm ignorieren: Wenn z.B. trotz des richterlichen Verbots von wilden Streiks 'wild' gestreikt wird und die Arbeitgeber wegen der tatsächlichen Machtverhältnisse keine Rechte daraus herleiten. Wenn ein solcher Zustand längere Zeit anhält, könnte die richterliche Norm obsolet werden und außer Geltung kommen. Ein solcher Fall dürfte allerdings selten auftreten, es sei denn, das Bundesarbeitsgericht stellt das 'Außerkraftgetretensein' einer solchen Norm verbindlich fest. Die wilden Streiks von 1969 haben jedenfalls keine solche Wandlung herbeigeführt (Überlegungen hierzu stellt Rüthers an in DB 1970, S.2120 ff.(2122).

nicht verkennen[85].

§ 37

5) Problem der Rückwirkung

Der nun zu erörternde Komplex der Rückwirkung ist zu umfangreich, als daß im Rahmen dieser Arbeit eine erschöpfende Klärung versucht werden könnte. Andererseits hängt das Problem der Rückwirkung der Rechtsprechung unmittelbar mit den hier erörterten Fragen zusammen. Daher sollen wenigstens die Punkte angesprochen werden, für die eine Lösung aus dem bisherigen Ergebnis der Arbeit zu erkennen ist.
Es geht um die Frage, inwieweit die Regeln, die das Bundesverfassungsgericht über die Unzulässigkeit der Rückwirkung von belastenden Gesetzen aufgestellt hat, auch auf die Rechtsnormen der höchstrichterlichen Rechtsprechung Anwendung finden müssen. Diese Regeln haben zum Inhalt, daß belastende Gesetze nicht rückwirkend in bereits abgeschlossene Sachverhalte ("echte Rückwirkung") oder in Sachverhalte, die sich derzeit zwar schon entwickelt haben, aber noch nicht abgeschlossen vorliegen ("unechte Rückwirkung"), eingreifen dürfen, es sei denn, daß im Einzelfall dem Betroffenen keine schutzwürdigen Interessen zur Seite stehen[86]. Insbesondere die echte Rückwirkung soll nur zulässig sein, wenn nach den Umständen mit einer Gesetzesänderung zu rechnen ist, so daß das Vertrauen des Bürgers in den Fortbestand nicht

---

(85) So hat z.B. das LAG Bremen lediglich in einem ausführlichen obiter dictum seine Bedenken gegen die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Ausdruck gebracht, daß bei Wirksamkeit einer Rückzahlungsklausel im Gratifikationsrecht dem Arbeitnehmer auch kein Sockelbetrag von 100.- DM verbleibe, AP Nr.60 zu § 611 BGB Gratifikation.

(86) Nachweise über die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Unzulässigkeit der Rückwirkung bei Grunsky, Grenzen der Rückwirkung, S.5 Anm.1.

schutzwürdig ist, oder wenn schwerwiegende Gründe des gemeinen Wohls die Rückwirkung verlangen(87).
Dieses Rückwirkungsverbot wird aus den Grundsätzen des Vertrauensschutzes und der Rechtsgleichheit als Ausformungen der Rechtssicherheit und damit des Rechtsstaatsprinzips hergeleitet(88).
Die gleichen rechtsstaatlichen Grundsätze sind hier herangezogen worden zur Begründung der Normqualität richterlicher Obersätze. Nach der hier vertretenen Ansicht muß daher die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch Auswirkungen auf richterliche Normen haben. Nur wenn man die höchstrichterliche Rechtsprechung ausschließlich als konkrete Streitentscheidung betrachtet, stellt sich das Problem nicht. Wenn aber die Rechtsprechung auch eine normsetzende Funktion hat und insoweit an die Stelle des Gesetzgebers tritt, dann muß es auch die Gebote der Rechtsstaatlichkeit im Hinblick auf die Unzulässigkeit der Rückwirkung von Normen beachten. Für den betroffenen Bürger macht es keinen Unterschied, ob er von einer gesetzlichen oder einer richterlichen Norm belastet wird.
Das Problem der Rückwirkung von Rechtsprechungssätzen entsteht meist bei der Änderung richterlicher Normen, wenn das Gericht also abweichend von der bisherigen Rechtsprechung für einen Sachverhalt eine andere rechtliche Regelung trifft, die es für richtiger hält oder die irgendwelche tatsächlichen Veränderungen berücksichtigt. Es taucht aber auch dann auf, wenn zu einer

---

(87) BVerfGE 13, 261(272); 18, 429(439).

(88) Allgemein zu diesem Problem: Grunsky, aaO., passim; Knittel, aaO., passim, besonders S.50 ff.; G. und D.Reinicke, MDR 1956, S.324 ff.(nur von der These aus, Richterrecht sei entweder unverbindlicher Gerichtsgebrauch oder verbindliches Gewohnheitsrecht, verständlich); D.Reinicke, JuS 1964, S.421(428); Meier-Hayoz, aaO., S.228 Anm.6; Mayer-Maly, Anm. zu BAG AP Nr.32 zu Art.9 GG Arbeitskampf in AP; ders., RdA 1970, S.333; Kisker, Rückwirkung, S.120 ff.; Adomeit, Rechtsquellenfragen, S.66; Zweigert/Kötz, BB 1969, S.453 ff.; Kruse, Richterrecht als Rechtsquelle, S.17 ff.

Frage, die gesetzlich bisher nicht geregelt war, eine Norm erstmals aufgestellt wird und der Streitfall, der notwendigerweise zeitlich vor Entstehen der Norm liegt, nach dieser entschieden werden soll. Den Bedenken gegen die Zulässigkeit der Rückwirkung stehen zivilprozessuale Schwierigkeiten entgegen, die unter Umständen zu einer rückwirkenden Entscheidung zwingen. Im folgenden sollen einige Fälle aufgeführt werden, die eine Stellungnahme erfordern.

(1) Die entscheidungserhebliche Richternorm enthält für keine der Parteien eine Belastung. Gegen die Rückwirkung solcher Normen auf Sachverhalte, die zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits abgeschlossen waren, bestehen keine Bedenken, weil kein schutzwertes Vertrauen berührt ist.

(2) Eine Norm wird rückwirkend in Kraft gesetzt oder geändert, aber keine der Parteien hat im Vertrauen auf die geltende Rechtslage gehandelt, d.h. die Parteien haben ihre Entscheidungen nicht vom Fortbestand der derzeitigen Rechtslage abhängig gemacht. Auch in diesem Fall kann kein schutzwertes Vertrauen beeinträchtigt sein, die Rückwirkung ist daher zulässig. Problematisch bei dieser Fallgestaltung sind die Anforderungen, die materiell und prozessual an das zu schützende Vertrauen zu stellen sind. Hier wird man nach den einzelnen Rechtsmaterien Unterschiede machen müssen. Für den Bereich des Arbeitsrechts ist zu verlangen, daß das Verbot rückwirkender Normen nur dann Anwendung findet, wenn Vertrauen tatsächlich vorhanden und auch berechtigt war[89]. Dem Betroffenen obliegt insoweit die

---

(89) Wie hier allgemein: Knittel, aaO., S.53 ff.; Grunsky, aaO., S.11, der aber die Forderung nach einem tatsächlich getätigten Vertrauen ablehnt mit dem Hinweis darauf, daß eine solche Differenzierung bei Gesetzen auch nicht vorgenommen wird (S.26/27). Dieser Hinweis übersieht aber die Doppelfunktion der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die bei der Gesetzgebung fehlt.

Darlegungs- und Beweislast. Diese einschränkende Gewährung von Vertrauensschutz rechtfertigt sich daraus, daß grundsätzlich bei richterlichen Normen eine Entscheidung nur für künftige Fälle die Ausnahme bleiben muß, da Hauptaufgabe der Rechtsprechung die konkrete Streitentscheidung ist. Im Arbeitsrecht insbesondere ist diese Einschränkung auch berechtigt, da das Arbeitsrecht weitgehend von der Rechtsprechung geformt worden ist. Dann sind auch nur die Fälle eines getätigten Vertrauens auf die Rechtsprechung schutzwürdig(90).

(3) Eine richterliche Norm wird geändert oder aufgehoben, nachdem diese Änderung in einer früheren Entscheidung bereits angekündigt worden ist. Diese Änderung kann sicher in Aussicht gestellt werden. In beiden Fällen wird damit das Vertrauen in den Fortbestand der Rechtsprechung zerstört, so daß eine rückwirkende Entscheidung zulässig ist.
Das Bundesarbeitsgericht bedient sich dieser Möglichkeit und löst dadurch das Problem in einer der Rechtssicherheit dienenden Weise. Die Ankündigung erfolgt in Form eines obiter dictum, da sie für den Streitfall noch keine tragende Bedeutung erlangt(91).

---

(90) So haben die Beklagten in dem der Entscheidung BAG AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf zugrunde liegenden Fall 'die Croupiers von Neuenahr' nicht im Vertrauen darauf ausgesperrt, daß die Aussperrung weiterhin lösende Wirkung habe.
Auch in BAG AP Nr.3 zu Art.9 GG Arbeitskampf hat der Beklagte den Kläger nicht im Vertrauen darauf fristlos entlassen, daß Streik auch weiterhin beharrliche Arbeitsverweigerung sei. Die rückwirkende Anwendung der Entscheidungsnormen der Großen Senatsentscheidung von 1955 ist somit zulässig gewesen. Allerdings wäre in diesem Fall eine entsprechende gerichtliche Auflage gemäß § 139 ZPO angebracht gewesen.

(91) Hierauf wurde schon oben hingewiesen (§ 35), siehe BAG AP Nr.22 zu § 616 BGB, AP Nr.8 zu § 75 b HGB: "Der Senat hält es trotzdem" (Es kam hier auf die Verfassungsmäßigkeit des § 75 b HGB nicht an.) "für richtig, anläßlich dieses Falles anzukündigen, daß er zwar in seiner bisherigen Rechtsprechung § 75 b Satz 2 HGB als rechtswirksam angesehen hat, daß er

(4) Eine Partei erstrebt und erstreitet eine Änderung der Rechtsprechung, d.h. ein Kläger stützt seine Klage auf eine Anspruchsgrundlage, die erst durch Änderung der Rechtsprechung geschaffen werden muß. Ihm wäre mit der Ankündigung einer Rechtsprechungsänderung für die Zukunft nicht gedient. Auf der anderen Seite steht aber das Vertrauen des Beklagten in den Fortbestand der Rechtslage, wobei die Berechtigung und Schutzwürdigkeit dieses Vertrauens unterstellt werden soll. In solchen Fällen wird man eine Abwägung dahin vorzunehmen haben, welchen Interessen der Vorrang zu geben ist(92). Dabei ist für das Arbeitsrecht zu beachten, daß eine große Zahl von Fällen als Musterprozesse der dahinterstehenden Verbände zum Bundesarbeitsgericht kommt(93). In solchen Fällen wird man eher die Rückwirkung für unzulässig halten dürfen, weil dem Kläger bzw. den von ihm repräsentierten Interessen dennoch mit einer solchen Entscheidung gedient ist(94).

---

jedoch heute die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift bezweifelt. Durch diese Ankündigung soll verhindert werden, daß sich die Praxis künftig bei der Vereinbarung von Wettbewerbsverboten auf die Gültigkeit des § 75 b Satz 2 HGB verläßt." (Es folgen Zitate zum Problem des Vertrauensschutzes im Fall einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung.) "Außerdem erscheint es dem Senat auch sachdienlich, zur Vorbereitung späterer Entscheidungen eine Erörterung des Problems im Schrifttum anzuregen." (Bl.1/4); siehe auch BAG DB 1972, S.340.

(92) Ähnlich Kruse, aaO., S.19.

(93) Siehe hierzu Grunsky, aaO., S.23/24.

(94) BAG AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf geht daher zu weit, wenn es in solchen Fällen generell die Anwendung der geänderten Rechtsprechung auf den Entscheidungsfall für zulässig erachtet (Bl.12R). Im vorliegenden Fall der "Croupiers von Neuenahr" kam es auf diese Frage jedoch nicht an, weil kein schützenswertes Interesse die Anwendung verbot; siehe Fallgruppe 2 Anm.3, 90. Jedenfalls ist der Satz des Bundesarbeitsgerichts:

"Das Prozeßrisiko erstreckt sich auch auf eine erstmals ausgesprochene Änderung der bisherigen Rechtsprechung."

(5) Das Gericht setzt eine neue Norm zu einer Frage, die bisher nicht geregelt war. In der Regel wird es hier an einem schutzwürdigen Interesse fehlen, weil noch gar keine Regel vorhanden ist, in die der Betroffene Vertrauen setzen konnte. Daher wird hier meist jeder Vertrauensschutz abgelehnt(95). Dem sind aber die Fälle entgegenzuhalten, in denen ein neuer Haftungstatbestand begründet wird, dem der Betroffene rückwirkend unterworfen werden soll. Wenn zum Beispiel das Bundesarbeitsgericht in einer Entscheidung erstmals feststellt, der wilde Streik sei rechtswidrig, so stellt es damit eine neue Norm auf, die den Haftungstatbestand der unerlaubten Handlung gemäß § 823 Abs.1 BGB um den Fall des wilden Streiks erweitert(96). Der nicht organisierte Streik ist nunmehr rechtswidrig und verpflichtet die Streikenden zum Ersatz des entstandenen Schadens. In einem solchen Fall verdient das Vertrauen der streikenden Beklagten Schutz, die davon ausgehen, daß ihr Handeln rechtmäßig ist, weil ein entsprechender Haftungstatbestand zu dieser Zeit nicht bestand(97). Es bedarf keiner weiter-

---

abzulehnen, da er das Problem des Vertrauensschutzes in eine Rechtsprechung rundweg leugnet, obwohl es für den Betroffenen keinen Unterschied macht, ob es sich um eine gesetzliche oder richterliche Norm handelt, der er vertraut. Die Frage läßt sich nicht einfach mit dem Hinweis auf das Prozeßrisiko beantworten.
Auch die Verweisung auf BVerfGE 18, 224(240) geht fehl, da das Bundesverfassungsgericht lediglich eine pauschale Übertragung der Grundsätze des Verbots rückwirkender Gesetze auf die Rechtsprechung ablehnt, was auch hier nicht verlangt wird.

(95) So Knittel, aaO., S.55; Grunsky, aaO., S.6/7.

(96) BAG AP Nr.32 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

(97) Zweifelhaft ist, ob die Entwicklung - wie das Bundesarbeitsgericht meint - durch die Entscheidungen AP Nr.2 zu Art.9 GG Arbeitskampf und AP Nr.3 zu § 1 TVG Friedenspflicht voraussehbar war, so daß das getätigte Vertrauen nicht schützenswert war. Hier müssen aber strenge Anforderungen gestellt werden. Es geht um die Inkraftsetzung eines zusätzlichen Haftungstatbestandes. Dann reichen nicht Andeutungen; zumal die Frage auch nach der Großen-Senats-Entscheidung von 1955 in der Literatur noch streitig war. So wurde die Rechtswidrigkeit verneint von Hueck in RdA 1956, S.204f. Wie hier Mayer-Maly, aaO.,(Anm.3, 88).

gehenden Darlegung der Beklagten, daß sie dieses Vertrauen auch getätigt haben. Der Sachverhalt ergibt, daß die Beklagten an der damaligen Rechtslage festhielten, während die Kläger - erstmals - Feststellung begehrten, daß der wilde Streik rechtswidrig sei. Auch die Bedenken aus der vorigen Fallgruppe, entsprechend angewendet, weil es nicht um eine Rechtsprechungsänderung geht, zwingen zu keinem anderen Ergebnis, da es um eine Grundsatzentscheidung geht, die für die Kläger und die dahinterstehenden Interessen auch dann von Bedeutung ist, wenn sie nur für die Zukunft gilt.

Faßt man die Stellungnahme des Bundesarbeitsgerichts zum Problem der Rückwirkung von richterlichen Normen zusammen, so zeigt sich, daß das Bundesarbeitsgericht zwar einerseits einen gewissen Vertrauensschutz anerkennt, wenn es eine Rechtsprechungsänderung vorher ankündigt. Andererseits ist es aber nicht bereit, dieses Vertrauen auch zu schützen, wenn eine solche vorherige Ankündigung fehlt. Das Vertrauen in den Fortbestand der Rechtsprechungslage verweist es dann kurzerhand in den Bereich des Prozeßrisikos und entzieht sich damit der Verantwortung, die einem obersten Bundesgericht aus seiner normsetzenden Funktion erwächst, obwohl gerade das Bundesarbeitsgericht diese Funktion gern und umfassend wahrnimmt.

4. Hauptteil:

Analyse der Rechtsprechung und Kritik sowie Zusammenfassung

I. Kapitel: Arbeitskampfrecht

§ 38

1) Methodische Analyse

Zum Abschluß sollen die gewonnenen Erkenntnisse auf die zugrunde gelegten Rechtsprechungsbeispiele angewendet werden. Wir kehren damit zum Ausgangspunkt des 1. Hauptteils zurück und setzen uns gleichzeitig mit dem methodischen und rechtspolitischen Vorgehen des Bundesarbeitsgerichts auseinander. Soweit diese Untersuchung darauf bereits eingegangen ist, soll nur noch Bezug genommen werden.

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampfrecht stellt sich methodisch als Feststellung und Füllung einer Rechtslücke dar[(1)]. Im Gegensatz zur Gesetzeslücke fehlt es hier überhaupt an rechtlichen Regelungen, die geeignet sind, die Fragen des kollektiven Arbeitskampfes zu beantworten. Sicher enthält die vom Bundesarbeitsgericht vorgenommene Feststellung einer solchen Lücke im geltenden Recht eine entscheidende Wertung. Denn vorher sind streitige Fälle aus dem Arbeitskampfrecht auch entschieden worden, und zwar nach den vorhandenen gesetzlichen Regeln des Individualarbeitsrechts. Erst die Feststellung des kollektiven Charakters des Arbeitskampfes ermöglichte die Annahme einer Lücke. Zwar werden Art.9 Abs.3 und Art.20 Abs.1 GG Anhaltspunkte für diese heute herrschende und

(1) Zum Begriff der Rechtslücke Anm.2, 115.

nur noch von wenigen bestrittene Theorie vom Kollektivcharakter entnommen, dennoch enthält die Rechtsprechung eine eigene wesentliche Wertung.
Diese Rechtslücke ist in umfassender Form normativ gefüllt worden. Im Rahmen der Großen-Senats-Entscheidung von 1955 hat das Bundesarbeitsgericht eine weitreichende Neuregelung des Arbeitskampfrechts vorgenommen und ist weit über den Anlaßfall hinausgegangen.
Das Bundesarbeitsgericht ist dabei wie ein Gesetzgeber vorgegangen. Es hat nicht tastend und schrittweise unter Berücksichtigung der vorhandenen gesetzlichen Einzelbestimmungen die Lücke nach und nach geschlossen, sondern es hat zunächst ein umfassendes System entwickelt und später anhand konkreter Streitfälle weitere Einzelfragen geklärt, die sich unter anderem daraus ergaben, wie das neue System mit den geltenden Rechtsnormen übereinstimmt. Erst nach mehreren Einzelkorrekturen zum Recht der Aussperrung hat das Bundesarbeitsgericht mit der Entscheidung des Großen Senats von 1971 eine grundsätzliche Berichtigung vorgenommen.
Wie auch der Gesetzgeber benutzte das Bundesarbeitsgericht eine leerformelartige Generalklausel - den Begriff der Sozialadäquanz -, um sich selbst als gleichzeitiger Rechtsanwender genügend Beweglichkeit und Spielraum für künftige unvorhersehbare Fälle zu sichern. Diese Generalklausel ist nunmehr ersetzt worden durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der das Recht des Arbeitskampfes in einen umfassenden Zusammenhang stellen soll. Damit sollen die Konkretisierungen, die dieser Grundsatz in anderen Rechtsgebieten gewonnen hat, dem Arbeitskampfrecht nutzbar gemacht werden. Die Auswirkungen hieraus sind noch abzuwarten.

§ 39

2) Die Geltung der richterlichen Normen

Im folgenden soll die juristische Geltung der richterlichen Normen zum Arbeitskampfrecht geprüft werden. Diese Prüfung hat unter den drei Gesichtspunkten zu erfolgen, die für die juristische Geltung als maßgeblich festgestellt worden sind.
Die Übereinstimmung mit dem Grundgesetz steht am Anfang der Überlegungen. Die Rechtsprechung stützt sich vor allem auf Art.9 Abs.3 GG und Art.20 Abs.1, 28 Abs.1 GG. Ohne die verfassungsrechtliche Problematik der Arbeitskampfrechtsprechung im einzelnen erörtern zu können, läßt sich jedenfalls die Übereinstimmung mit Art.9 Abs.3 GG feststellen. Auch wenn die Wertung des Arbeitskampfes als Kollektivakt nicht die einzige Theorie sein mag, die mit der Verfassung übereinstimmt - denn Art.9 Abs.3 GG enthält keine vorgefertigte detaillierte Kampfrechtsordnung(2) -, so besteht doch jedenfalls Einigkeit, daß die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht in Widerspruch zu Art.9 Abs.3 GG steht, was den Kollektivcharakter betrifft.
Bedenken werden dagegen unter dem Gesichtspunkt der Sozialstaatsklausel gegen die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts erhoben. Inhalt und Umfang der Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes sind im einzelnen außerordentlich streitig und Gegenstand zahlreicher Erörterungen, auf die hier nicht weiter eingegangen werden kann. Insbesondere gehen die Ansichten darüber auseinander, inwieweit es sich um eine konkrete, inhaltlich bestimmte grundgesetzliche Norm handelt, die unmittelbar bindende materielle Regelungen enthält, oder ob es sich vor allem um eine Anweisung an den Gesetzgeber handelt, solche materiellen Regelungen erst zu

(2) Rüthers, JurA 1970, S.92.

schaffen[3]. Auch die zweite Ansicht hält aber das Sozialstaatsprinzip nicht einfach für eine Leerformel, sondern erkennt an, daß aus gesetzgeberischen Regelungen inzwischen auch inhaltliche Konkretisierungen hergeleitet werden können[4].

Ramm zählt nun zu diesem materiellen Gehalt des Sozialstaatsprinzips das Verbot der sozialen Schlechterstellung, eine Art sozialen Bestandschutz[5]. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampfrecht verstoße gegen dieses Verbot, weil die Neubewertung des Streiks insgesamt die Stellung des Arbeitnehmers verschlechtere, insbesondere durch die Wertung des wilden Streiks als rechtswidrig und des Streiks allgemein als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Die Rechtsprechung sei daher wegen Verstoßes gegen das Sozialstaatsprinzip verfassungswidrig[6].

Auch wenn man mit Ramm der Ansicht ist, daß Normen, die den sozialen Stand des Arbeitnehmers und seine gesetzlichen Rechte beschneiden oder beseitigen, mit dem Sozialstaatsprinzip unvereinbar sind[7], so können danach

---

(3) Einerseits Ramm, Arbeitskampf und Gesellschaftsordnung, S.140 ff. (ausgehend von einem Verfassungspositivismus, siehe S.90f, aa0.); andererseits Rüthers in Rüthers-Boldt, Zwei arbeitsrechtliche Vorträge, S.22 ff." ders. in Der Staat 1967, S.108.

(4) Rüthers, aa0., S.23/24: "Aus dieser Tatsache der nahezu beliebigen ideologischen Verwertbarkeit des Begriffes Sozialstaat folgt, daß das Bekenntnis zum Sozialen Rechtsstaat bei der Rechtsfortbildung nur insoweit verwertbar ist, als der Gesetzgeber durch andere Regelungen konkrete Hinweise zu seinen sozialen Vorstellungen gegeben hat, wenn also der Begriff des Sozialen durch eine inhaltliche Präzisierung justiziabel gemacht worden ist."

(5) Ramm, aa0., S.158; ders., JZ 1961, S.279.

(6) Ramm, aa0.

(7) Der Einwand von Rüthers, es handele sich hierbei um einen Akt wertender Gebotsbildung, nicht um eine begrifflich-logische Subsumtion, richtet sich weniger gegen die inhaltliche Aussage, als vielmehr gegen Ramms methodischen Ansatz; denn eine wertende Gebotsbildung ist andererseits mit dem von Ramm selbst geforderten Verfassungspositivismus unvereinbar (in Der Staat 1967, S.109).

Normen nur dann verfassungswidrig sein, wenn sie konkret eine normativ gesicherte Position des Arbeitnehmers abbauen, wenn also Inhalt und Ziel der Norm der Abbau bzw. die Beseitigung dieser Rechte ist. Das trifft jedoch für die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht zu. Sonst wäre der Spielraum des Gesetzgebers für die Neuregelung einer Materie in unzulässiger weise eingeschränkt und es ihm unmöglich gemacht, Entwicklungen voranzutreiben oder in eine andere Richtung zu steuern, auch wenn sich dabei im Einzelfall einmal eine soziale Schlechterstellung ergeben mag. Das Bundesarbeitsgericht hat mit der Neubewertung des Streiks zunächst erreicht, daß beim legitimen Streik eine Kündigung wegen Arbeitsvertragsbruches nicht mehr möglich ist. Andererseits ist nicht zu übersehen, daß im ganzen der Spielraum für Arbeitskämpfe kleiner geworden ist: Rechtswidrigkeit des wilden Streiks, rechtswidriger Streik als unerlaubte Handlung im Sinn des § 823 Abs.1 BGB, weiter Begriff der Arbeitskampfmaßnahmen, Ultima-ratio-Gebot als unmittelbar verpflichtendes Rechtsprinzip. Dem steht jedoch keine Verschlechterung einer gesicherten Rechtsstellung der Arbeitnehmer gegenüber. Vielmehr war der Zustand vorher weitgehend ungeregelt und rechtlich nicht erfaßt. Diesen Bereich hat das Bundesarbeitsgericht anstelle des Gesetzgebers in die rechtliche Regelung einbezogen. Ein Verstoß gegen das Sozialstaatsprinzip liegt darin nicht.
In Wirklichkeit übt Ramm eine rechtspolitische Kritik an den Wertungen, die der Rechtsprechung zugrunde liegen.

Ein weiteres Bedenken gegen die juristische Geltung ergibt sich daraus, daß das Bundesarbeitsgericht dadurch, daß es eine Rechtslücke umfassend geregelt hat, zum Teil in Widersprüche zum positiven Recht geraten ist. So paßt das Bundesarbeitsgericht § 19 Abs.3 SchwBschG der neuen Rechtsprechung an, indem dieser Schutz künftig auf die fristlose Lösung der Arbeitsverträge im Wege

der Abwehrmaßnahme bezogen werden soll. Die Vorschriften über die fristlose Kündigung wegen Vertragsbruchs (§§ 123 Ziff.3, 124a GewO aF, 70, 72 Abs.1 Ziff.2 HGB aF, 620 BGB aF) werden beim legitimen Streik für nicht mehr anwendbar erklärt.

Grundsätzlich wurde die juristische Geltung von richterlichen Normen, die mit dem Gesetz nicht übereinstimmen, verneint. Hier geht es insofern um einen Sonderfall, als eine Rechtslücke neu zu regeln war. Die richterlichen Normen berücksichtigen vor allem - in Übereinstimmung mit Art.9 Abs.3 GG - den Kollektivcharakter des Arbeitskampfes. Da man die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts insoweit als Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Koalitionsfreiheit des Art.9 Abs.3 GG verstehen kann, ist auch die Anpassung individualrechtlicher Normen an den Kollektivcharakter zulässig als verfassungskonforme Auslegung. Eine Normsetzung contra legem liegt nicht vor, zumal da zum Beispiel der Schutz des § 19 Abs.5 SchwBeschG gerade erhalten bleibt.

Schließlich könnte die juristische Geltung deswegen fehlen, weil der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts in seiner Entscheidung von 1955 über den Anlaßfall hinausgegangen ist und eine umfassende Neuregelung vorgenommen hat. Auch hier darf aber nicht übersehen werden, daß die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampfrecht in der besonderen Lage war, eine Rechtslücke zu füllen, da gesetzliche Normen fehlten. In einem solchen Fall ist der Richter zwar auch an den Anlaßfall gebunden, eine umfassendere Normbildung beseitigt aber noch nicht die juristische Geltung. Die Entscheidung darüber, ob die Rechtslücke mosaikartig geschlossen wird oder durch ein Gesamtkonzept,aus dem dann die einzelnen Normen hergeleitet werden, steht im richterlichen Ermessen.

Damit steht fest, daß die richterlichen Normen, die das Bundesarbeitsgericht zum Arbeitskampfrecht aufgestellt hat, juristische Geltung haben. An der empiri-

schen Geltung hat das Bundesarbeitsgericht nie einen Zweifel gelassen, sondern die eigenen Normen von Anfang an, d.h. seit der Entscheidung des Großen Senats von 1955, als geltendes und damit staatlich garantiertes Recht betrachtet, das im Streitfall gerichtlich durchgesetzt werden kann.

§ 40

3) Rechtspolitische Kritik

Eine umfassende rechtspolitische Kritik kann im Rahmen dieser Arbeit nicht geleistet werden und fiele auch nicht unter die eigentliche Frage. Andererseits läßt sich der rechtspolitische Bereich nicht völlig ausschalten, wenn man die normsetzende Funktion der Rechtsprechung bejaht. Denn es ist klar, daß dieser Normsetzung wie jeder anderen auch rechtspolitische Wertungen zugrunde liegen. Das wird bei der Entscheidung des Großen Senats von 1955 auch deutlich ausgesprochen. Das Bundesarbeitsgericht will mit seiner Rechtsprechung dazu beitragen, Arbeitskämpfe einzuschränken(8). Grundlage dieser rechtspolitischen Erwägung ist die Feststellung, Arbeitskämpfe seien im allgemeinen unerwünscht, da sie volkswirtschaftliche Schäden mit sich brächten und den im Interesse der Gesamtheit liegenden sozialen Frieden beeinträchtigen(9). Es ist davon auszugehen,

---

(8) Siehe hierzu S.9, 33.

(9) BAG AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf (Bl.4R); ähnlich: AP Nr.32 aaO., AP Nr.3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko, AP Nr.2 zu § 1 TVG Friedenspflicht (Bl.27). Wenn G.Müller (RdA 1971, S.321/322/323/) die Entscheidung des Großen Senats vom 21.4.1971 (AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf) gewissermaßen authentisch (er war Vorsitzender des Großen Senats) dahin kommentiert - allerdings nur als Möglichkeit formuliert -, daß der Arbeitskampf nunmehr als ein Rechtsinstitut anerkannt sei, das die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich habe, so ist diese Einstellung auf dem Hintergrund der Rechtsprechungsentwicklung der letzten 16 Jahre zu sehen. Die Rechtsprechung von 1971 ist erst möglich geworden, nachdem das Ar-

daß jeder Arbeitskampf einen konkret errechenbaren Schaden nach sich zieht, der durch Produktionsausfall entsteht und damit auch Auswirkungen auf die gesamte Volkswirtschaft hat. Ob daraus bereits pauschal auf einen volkswirtschaftlichen Schaden geschlossen werden kann, erscheint jedoch höchst zweifelhaft. Die Volkswirtschaft hat nicht nur das Bruttosozialprodukt und das allgemeine Wirtschaftswachstum zu beachten, sondern auch die Einkommensverteilung und das allgemeine Wohlergehen. Hierfür aber sind Arbeitskämpfe, d.h. also Streiks nicht nur nicht unerwünscht, sondern in manchen Fällen unentbehrlich. Hinzu kommt, daß das Problem des Arbeitskampfes nicht nur unter dem Aspekt des volkswirtschaftlichen Nutzens beurteilt werden darf, sondern eine umfassendere gesamtgesellschaftliche Bedeutung hat. Unter diesen Gesichtspunkten ergibt sich eine sehr viel differenziertere Beurteilung der Arbeitskämpfe und des Streikrechts. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat daher eine zu schmale und in dieser ausschnittweisen Darstellung unzutreffende Urteilsgrundlage. Wie sich aus der weiteren Urteilsbegründung ergibt, sind diese wenigen Wertungsgrundlagen nicht aufgrund wissenschaftlicher Erkenntnisse gewonnen. Vielmehr wird die dort zum Ausdruck kommende rechtspolitische Einstellung des Bundesarbeitsgerichts als allgemeingültige Erkenntnis ausgegeben, die als gesichert verstanden wird.

Daraus ergibt sich ein grundsätzliches Bedenken gegen die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Gerade dieses Beispiel zeigt, wie sehr es richterlicher Normsetzung an politischer Abklärung der widerstreitenden

---

beitskampfrecht richterlich erfaßt und damit eingeschränkt worden war (Streik als unerlaubte Handlung i.S. des § 823 Abs.1 BGB, Streikurabstimmungsbeschluß als Kampfmaßnahme, Rechtswidrigkeit des wilden Streiks). Die rechtspolitische Ansicht von der allgemeinen Unerwünschtheit des Arbeitskampfes behält daher ihre Gültigkeit, auch wenn er nun als Rechtsinstitut anerkannt worden sein sollte.

Interessen fehlt[10]. Auch eine hinreichende Erfassung der empirischen Wertungsgrundlagen, die Ausgangspunkt jeder Normsetzung sein sollte und es bei Gesetzesentwürfen in der Regel auch ist, findet nicht statt[11]. Hieraus folgen wesentliche Nachteile gegenüber der Normsetzung der Legislative. Diese Nachteile bestehen allerdings nicht generell. Bei Rechtsfragen, zu denen gesetzliche Wertungen vorhanden sind und nur einzelne begrenzte Probleme der Regelung bedürfen, kann richterliche Normsetzung sogar der parlamentarischen oder exekutiven Normsetzung wegen der größeren Sachnähe überlegen sein. Wenn aber wie hier eine umfassende Rechtslücke der Regelung bedarf, dann läßt sich zwar allgemein über den Anlaßfall hinausgehenden Normen die juristische Geltung nicht absprechen, wie oben ausgeführt worden ist. Wohl aber unterliegt ein solches Vorgehen rechtspolitischen Bedenken, weil die richterliche Kompetenz überfordert ist. Demgegenüber hat das zögernde, schrittweise, die Besonderheiten des Falles stärker berücksichtigende Vorgehen zwar den Nachteil, nicht sofort einen Zustand der Rechtssicherheit herbeiführen zu können. Der Vorteil liegt aber in der größeren Fall-

---

(10) Dabei ist zu beachten, daß sich eine Einschränkung der Arbeitskampffreiheit nicht gleichmäßig auf beide Arbeitskampfparteien auswirkt. Nach unserer Wirtschaftsverfassung geht die Initiative von Arbeitnehmerseite aus, um einen Anteil an dem gewachsenen Umsatz und Gewinn zu erwirken. Nicht die Arbeitgeber-, sondern die Gewerkschaftsseite ist also auf die Arbeitskampffreiheit angewiesen, da Angriffsaussperrungen praktisch nicht vorkommen. Zu den Auswirkungen dieser - historisch bedingten - Unterschiede insbesondere auf den Grundsatz der Kampfparität und der Waffengleichheit: Ramm in RdA 1968, S.412; ders. in Arbeitskampf und Gesellschaftsordnung, S.182f, 197, 199 ff.; Musa, RdA 1971, S.346 ff.

(11) Wohl bemüht sich das Bundesarbeitsgericht darum, das soziologische Phänomen "Arbeitskampf" rechtlich zu erfassen und ihm gerecht zu werden. Daraus erklärt sich die gesamte Theorie vom Kollektivcharakter des Arbeitskampfes. Bei der eigentlichen Bewertung der Zulässigkeit von Arbeitskämpfen verzichtet das Bundesarbeitsgericht jedoch auf solche Überlegungen.

nähe bei der Erörterung und Entscheidung jeder Einzelfrage.
Außerdem bleibt die Aufgabe des Gesetzgebers, tätig zu werden und seiner Ordnungspflicht nachzukommen, immer klar erkennbar. Das Vorgehen des Bundesarbeitsgerichts dagegen ist geeignet, diese Abgrenzungen zu verwischen und darüber hinwegzutäuschen, daß der Richter immer nur aushilfsweise subsidiär Normen setzt(12).

Wenn daher das Bundesarbeitsgericht auf der einen Seite auch weiterhin seine Normsetzungsfunktion extensiv wahrnimmt, während der Gesetzgeber ganze Regelungskomplexe der Rechtsprechung überläßt. was bei politisch brisanten Themen wie dem Arbeitskampfrecht nicht verwundert, dann stellt sich in der Tat die Frage der demokratischen Legitimation des Richters. Zwar gibt es eine gewisse Kontrolle durch die Richterwahlausschüsse

---

(12) Zwar spricht das Bundesarbeitsgericht in AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf von gesetzesvertretendem Richterrecht. Andererseits deutet die Stellungnahme des Präsidenten des Bundesarbeitsgerichts (abgedruckt in RdA 1968, S.57) auf ein weitergehenderes Selbstverständnis hin: G.Müller wendet sich darin gegen die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Entscheidungen oberster Bundesgerichte, da deren Ansehen dadurch gemindert werde und das Bundesverfassungsgericht nicht über die erforderliche Sachkunde verfüge (!). Für die bereits heute vorhandene Gefahr einer Funktionsverlagerung von der Legislative zu den obersten Bundesgerichten,spricht das Beispiel, das Adomeit, Rechtsquellenfragen,S.45 Anm.155, näher schildert: Das Bundesarbeitsgericht hatte in AP Nr.1 zu § 10 JugArbSchG entschieden, daß § 10 Abs.4 JugArbSchG die Beschäftigung von Jugendlichen an arbeitsfreien Samstagen nicht verbiete. Die SPD wollte durch eine Gesetzesänderung diese Auslegung ausschließen. Obwohl der Gesetzgeber durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hieran nicht gehindert werden kann und auch zum Hilfsmittel der authentischen Interpretation greifen kann, wurden im Ausschuß Bedenken geäußert: "Es ist sicherlich nicht unbedenklich, eine Gesetzesänderung vorzunehmen, nur weil ein oberstes Bundesgericht nach dem Wortlaut des Gesetzes zu einer anderen Auffassung gelangt, als ursprünglich vorgesehen war." Wie hier: Adomeit, aaO.; a.A. Mayer-Maly, RdA 1970, S.289(290).

auch heute[13]. Diese Kontrolle reicht dann aber nicht mehr, wenn sich die faktischen Kompetenzverlagerungen politisch wichtiger Entscheidungen in Zukunft häufen. Dann muß auch nach der Richterwahl eine Möglichkeit für die Gesellschaft bestehen, Einfluß und Kontrolle auf die richterlichen Entscheidungen auszuüben. Da eine politische Beeinflussung der Entscheidung selbst die richterliche Unabhängigkeit verletzen würde, bleibt nur die Möglichkeit der Abwahl. Auch solche Änderungen des heutigen Verfassungs- und Rechtszustandes würden aber schon zu einer Einschränkung der richterlichen Unabhängigkeit und zu einer in verstärktem Maße politischen Justiz führen[14]. Sie ist daher nicht wünschenswert, sondern wäre nur als notwendige Konsequenz ins Auge zu fassen, um einer Entwicklung Rechnung zu tragen, bei der in immer stärkerem Maße politisch relevante Entscheidungen aus den politisch dafür vorgesehenen und gewählten Gremien herausverlagert werden[15].

---

(13) Siehe hierzu § 19 (S.63 ff.).

(14) Auch wenn im einzelnen dargelegt worden ist, daß Rechtsprechung immer in erheblichem Maße wertet und dabei über den Anlaßfall hinaus rechtspolitisch wirksam wird, so liegt doch der deutliche Unterschied zu der angesprochenen Entwicklung darin, daß dann politische Maßstäbe in den Mittelpunkt der Entscheidung und Begründung rücken und sich damit einer rechtlichen Kontrolle immer mehr entzögen.

(15) Einer gewissen Politisierung der Justiz wäre in dreierlei Hinsicht Rechnung zu tragen: Neben die Abwählbar-keit der Richter träte ein verstärktes Bemühen der Gerichte um eine wissenschaftlich nachprüfbare empirische Ermittlung relevanter politischer Strömungen und Meinungen zu einzelnen Entscheidungsfragen als Entscheidungsgrundlage, um den Einfluß "privater" politischer Einstellungen des Richters einzugrenzen. Außerdem müßte die wissenschaftliche Kritik in verstärktem Maße politischen Wertungen bei Gerichtsentscheidungen Rechnung tragen, um solche Einflüsse aufzuzeigen und transparent zu machen. Siehe zu diesen Fragen: Mayer-Maly, RdA 1970, S.289(292/293), ders., DRiZ 1971, S.325 ff.(328/329); Wasserman, DRiZ 1970, S.79 ff.; Kühne, DRiZ 1971, S.113 ff.; Ramm, ArbuR 1962, S.353(361/362); ders., KJ 1970, S.175 ff.; Säcker, ZRP 1971, S.145 ff.(vor allem 149/150); Birke, aaO., S.41 ff.; Grimmer, aaO., S.139 ff.; Redeker, NJW 1972, S.414f.

Besser wäre die umgekehrte Entwicklung, daß einerseits das Bundesarbeitsgericht sich der Grenzen seiner Regelungsbefugnis in jedem Entscheidungsfalle bewußt bleibt und dabei notfalls auch einmal den Gesichtspunkt der Rechtssicherheit in den Hintergrund treten läßt. Andererseits muß der Gesetzgeber die in seinen Aufgabenbereich fallenden politischen Probleme rechtzeitig normativ regeln, auch wenn es sich um politisch kontroverse Fragen handelt. Gerade diese dürfen den Gerichten nicht zur endgültigen Entscheidung überlassen werden.

II. Kapitel: Rechtsprechung zur Lehre vom Betriebsrisiko

§ 41

1) Methodische Analyse

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht zur Lehre vom Betriebsrisiko sowie die Herkunft aus der Sphärentheorie des Reichsgerichts und Reichsarbeitsgerichts ist bereits dargestellt worden(16). Es ist auch auf die wechselnde methodische Begründung dieser Rechtsprechung hingewiesen worden. Das Bundesarbeitsgericht bezeichnet das Bürgerliche Gesetzbuch insoweit als lückenhaft, als die Fälle des Betriebsrisikos überhaupt nicht erfaßt seien. Wenn überhaupt kann es sich nur um eine nachträgliche Anschauungslücke handeln. Der BGB-Gesetzgeber konnte die sozialen und wirtschaftlichen Entwicklungen der damals noch in den Anfängen befindlichen Industriegesellschaft nicht im voraus erfassen und regeln. Andererseits hat der Gesetzgeber - von seinem Erkenntnisstand aus - eine insoweit vollständige Regelung getroffen. Man könnte durch entsprechende Gesetzesauslegung entweder aus § 323 BGB oder § 615 BGB die Lösung entwickeln, je nachdem wie man das Arbeitsverhältnis auffaßt. Eine Lücke, die man etwa durch gesetzesimmanente Auslegung ermitteln könnte, liegt somit nicht vor; sie könnte nur dann bejaht werden, wenn nachträglich durch die Entwicklung Fragen auftauchen, die aus dem Gesetz überhaupt keine Antwort erhalten, nicht dagegen, wenn die Antwort lediglich unbefriedigend ist. Im Gegensatz zum vorangegangenen Fall einer Lückenfeststellung und Lückenfüllung haben wir es hier also mit einer Rechtsprechung contra legem zu tun.

---

(16) Siehe §§ 5, 6 (S.18 ff.).

Für die festzustellende Normgeltung kommt es vor allem unter dem Gesichtspunkt der juristischen Geltung darauf an, daß die Rechtsprechung in methodisch zulässiger Form die Anwendung der Vorschriften des BGB auf die Fragen des Betriebsrisikos abgelehnt hat. Die Berechtigung hierfür folgt daraus, daß die Anwendung der BGB-Vorschriften zu ganz unsachgemäßen Ergebnissen führen würde, da die Zusammenhänge der modernen Industriegesellschaft unberücksichtigt bleiben. Das BGB gibt lediglich Regelungen für das Austauschverhältnis, das dem Arbeitsvertrag zugrunde liegt, beachtet aber nicht die Besonderheiten der kollektiven Rechtsbeziehungen und den Einfluß bestimmter Arbeitskampferscheinungen auf das einzelne Arbeitsverhältnis. Die Ausgangslage ist ähnlich wie im gesamten Arbeitsrecht. Die Vorschriften des BGB erweisen sich als zu eng und unzutreffend. Während aber sonst das Dienstvertragsrecht des BGB immerhin als Grundlage für die Weiterentwicklung des Arbeitsrechts herangezogen wird, scheidet diese Möglichkeit bei den problematischen Fällen der Verteilung des Betriebsrisikos aus, da hier der Bereich des Individualarbeitsrechts überschritten wird. Eine entsprechende Anwendung der BGB-Vorschriften scheitert daran, daß das BGB gerade nicht eine sachgerechte Lösung des Problems zuläßt. Damit ist der Weg frei für eine Regelung, der die juristische Geltung nicht deshalb fehlt, weil sie in Widerspruch zu den geltenden Vorschriften des BGB steht[17]. Ein Gegensatz zum Grundgesetz besteht nicht, weil die Rechtsprechung in zulässiger Weise kollektive Gesichtspunkte berücksichtigt und damit in Übereinstimmung mit Art.9 Abs.3 GG steht, der die Koalitionsfreiheit schützt.

---

(17) Wie hier: Boehmer, Grundlagen II, 2, S.186 ff.; Galperin, Rechtsfortbildung, S.15; anders (Ausfüllung einer Lücke): Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S.319 und BAG AP Nr.2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

Ohne hier weiter auf Bedenken gegen Ergebnis und einzelne Begründungen der Rechtsprechung zur Verteilung des Lohn- und Betriebsrisikos eingehen zu wollen, steht jedenfalls fest, daß die Rechtsprechung - anfangs des Reichsgerichts und Reichsarbeitsgerichts, seit 1957 des Bundesarbeitsgerichts - richterliche Normen aufgestellt hat, denen juristische Geltung zukommt, da es sich um einen zulässigen Fall einer Rechtsprechung contra legem handelt. Der empirische Geltungsgrund steht außer Zweifel, da das Bundesarbeitsgericht bis in jüngste Zeit auf seine Rechtsprechung Bezug genommen hat und an ihr festgehalten hat.

§ 42

2) Rechtspolitische Kritik

Die richterlichen Normen zur Lehre vom Betriebsrisiko werden in starkem Maße mit rechtssoziologischen Überlegungen begründet. Wie bereits im 1.Hauptteil ausgeführt, werden die rechtssoziologischen Feststellungen aber nicht einfach der Entscheidung zugrunde gelegt, sondern unter rechtspolitischen Gesichtspunkten bewertet und ausgewählt. Eine rechtspolitische Kritik hat beides zu unterscheiden und zu beachten. Daher ist als erstes festzustellen, daß das Bundesarbeitsgericht von unzutreffenden tatsächlichen Grundlagen ausgeht. Eine Solidarität der Arbeitnehmer in dem vom Bundesarbeitsgericht angenommenen Umfange gibt es nicht. Unter diesem Gesichtspunkt kann man schon nicht über die Konkurrenz der verschiedenen Gewerkschaften und Arbeitnehmerverbände untereinander hinweggehen. Dieses Konkurrenzverhältnis, das sich im Arbeitsleben immer wieder zeigt und auch von niemandem bestritten wird, steht einer allgemeine Solidarität der jeweiligen organisierten Arbeitnehmer entgegen. Wenn zum Beispiel in einem Betrieb die zuständige Industriegewerkschaft

im DGB einen Teilstreik zur Verbesserung der Arbeits- und Lohnbedingungen der gewerblichen Arbeiter durchführt, so wird zwar in der Regel von einer Solidarität der in der gleichen Gewerkschaft organisierten Angestellten des Betriebes auszugehen sein[18]. Dagegen besteht zu den übrigen Angestellten, die zum Beispiel in der DAG organisiert sind, ein solches Verhältnis nicht, es sei denn, daß besondere Umstände vorliegen.

Für die übrigen Fallgestaltungen - Verhältnis zu Nichtorganisierten, wilder Streik oder Streik in einem Zuliefererbetrieb - gilt das erst recht: Ein Verhältnis allgemeiner Solidarität der Arbeitnehmer untereinander gibt es nur in Ausnahmefällen[19]. Damit entfallen auch die weiteren Erwägungen. Die außenstehenden nicht beteiligten Arbeitnehmer haben ebensowenig Einfluß auf die Streikenden und den Streikverlauf wie die Arbeitgeber selbst. In der Regel kommt ihnen auch nicht das Ergebnis eines Streiks zugute[20]. Der Hinweis darauf, es handele sich nicht nur um ein soziologisches Phänomen, sondern um ein in Grenzen verwertbares Rechtsprinzip, überzeugt nicht. In dem Umfang, in dem das Bundesarbeitsgericht es behauptet, gibt es diese Solidarität weder tatsächlich noch rechtlich[21]. Das Bundesarbeitsgericht lenkt daher lediglich von der Tatsache ab,

---

(18) Ebenso: Wiedemann, RdA 1969, S.321(333); Richardi, RdA 1970, S.65 ff(70); Jorns, Betriebsrisiko, S.156.

(19) Siehe hierzu Jorns, aaO., S.157f.

(20) Wie hier: Biedenkopf, Betriebsrisiko, S.18 ff.; Jorns, aaO.; Ramm, RdA 1968, S.412(416); ders., KJ 1970, S.175(177); Wiedemann, aaO.; Scheuner, RdA 1971, S.327 ff.(333). Anders die herrschende Meinung, die der Rechtsprechung folgt: siehe z.B. Staudinger-Mohnen-Neumann, § 615 Rdnr.65 ff.; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S.316 ff.; Hueck, Anm. zu BAG Nr.2, 3, 4 zu § 615 BGB Betriebsrisiko in AP; noch anders: Mayer-Maly/Nipperdey, Risikoverteilung, S.38 ff.

(21) Ebenso, Richardi, aaO.

daß es seinen richterlichen Normen eine Art rechtlicher Fiktion zugrunde legt und daß es nicht auf vorgefundene, gültige Rechtsprinzipien zurückgreifen kann. Das Problem von Rechtsprinzipien allgemein, wie sie entstehen und rechtliche Autorität als verbindliche Sollenssätze erlangen, soll nicht im einzelnen untersucht werden. Im Arbeitsrecht und insbesondere in diesem Komplex können jedenfalls Rechtsprinzipien, die nicht auf dem Gesetz beruhen, nur auf höchstrichterliche Normen zurückzuführen sein. Zumindest bedarf es der höchstrichterlichen konstitutiven Anerkennung. Somit täuscht der Hinweis auf ein Rechtsprinzip nur über die Urheberschaft des Bundesarbeitsgerichts als Normsetzer hinweg.

Das Bundesarbeitsgericht erkennt selbst, daß die tatsächlichen Voraussetzungen, aus denen es seine Rechtsprechung ableitet, nicht stimmen. Es erweitert daher die Solidarität und bezeichnet die Zugehörigkeit zum Bereich des sozialen Gegenspielers allgemein als entscheidendes Kriterium. Im Gegensatz zum Grundsatz der Solidarität ist diese Zuordnung zutreffend. Jedoch bedarf es hier einer weitergehenden Begründung, warum diese allgemeine Zugehörigkeit entscheidender Maßstab für die Verteilung des Lohnrisikos in Streitfällen sein soll, wenn man nicht von dem allgemeinen Klassendenken im Arbeitsleben ausgeht. Das gilt für das Bundesarbeitsgericht ganz besonders, das in seiner sonstigen Rechtsprechung den Klassengedanken überwinden will. Auch aus den neueren Arbeitsgesetzen läßt sich entnehmen, daß mit Hilfe des Sozialstaatsgedankens die Klassengegensätze überwunden werden sollen. Es hätte der weiteren Begründung bedurft, warum in diesen Fällen der Klassengegensatz das entscheidende Kriterium sein soll[22].

Schließlich sollen die rechtspolitischen Erwägungen

---

(22) Wie hier: Ramm, RdA 1968, S.412(416); siehe auch ders., KJ 1970, S.176f.

des Bundesarbeitsgerichts geprüft werden, die der Bewertung und Auswahl der tatsächlichen Entscheidungsvoraussetzungen zugrunde liegen. Es taucht hier wieder die Feststellung auf, daß Arbeitskämpfe unerwünscht seien und "billige Streiks" nicht erleichtert werden dürften. Hierzu sind bereits beim Arbeitskampfrecht Ausführungen gemacht worden. Hinzu kommt, daß es sich für den Bereich des Lohn- und Betriebsrisikos um sachfremde Erwägungen handelt. Es kann nicht Sinn und Zweck des weitgehend zum individuellen Arbeitsrecht ge-hörigen Bereichs des Betriebsrisikos sein, die Möglichkeit von Arbeitskämpfen einzuschränken, weil diese volkswirtschaftlich unerwünscht seien. Es geht lediglich darum, das Betriebs- und Lohnrisiko unter Beachtung der gültigen Wirtschaftsverfassung sachgerecht zu verteilen. Hinzu kommt, daß die Übernahme und Weiterentwicklung der Sphärentheorie des Reichsgerichts und Reichsarbeitsgerichts durch das Bundesarbeitsgericht mit den sonstigen Arbeitskampfgrundsätzen des Bundesarbeitsgerichts nicht vollständig übereinstimmt. Der Arbeitgeber kann und muß in diesen Fällen aussperren, um der Lohnzahlungspflicht gegenüber den arbeitswilligen Arbeitnehmern zu entgehen(23). Die Lehre vom Betriebsrisiko verbessert seine Position, indem sie diese Kampfmaßnahme, die auch mit Nachteilen für den Arbeitgeber verbunden ist, überflüssig macht. Es bestehen also auch Bedenken aus dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit und Kampfparität.

Gegen die Lehre vom Betriebsrisiko bestehen daher sowohl Bedenken, weil die Rechtsprechung von unzutreffenden rechtstatsächlichen Grundlagen ausgeht bzw. fiktive tatsächliche Voraussetzungen zugrunde legt, als auch,weil verfehlte rechtspolitische Ziele damit verfolgt werden, die überdies in diesem Bereich sachfremd sind.

---

(23) Richardi, RdA 1971, S.337: "Denn die Ergebnisse der Betriebsrisikolehre für den Streik und das Recht des Arbeitgebers zur Aussperrung arbeitswilliger Arbeitnehmer haben letztlich dasselbe Ordnungsproblem zum Gegenstand."

III. Kapitel: Rechtsprechung zum Gratifikationsrecht

§ 43

1) Methodische Analyse

Beim Komplex des Gratifikationsrechts ist von besonderem Interesse die Rechtsprechung zur Rückzahlungsklausel, die bereits mehrfach erwähnt worden ist. Das Bundesarbeitsgericht leitet die Zulässigkeit der Beschränkung von Rückzahlungsklauseln aus verschiedenen Normen und Rechtsgrundsätzen ab[24]. Andererseits lassen sich die Grenzen für die Zulässigkeit solcher Rückzahlungsklauseln dem Gesetz nicht unmittelbar entnehmen. Das Gesetz enthält somit eine Lücke. Auch hier zeigt sich die Bedeutung, die vor allem der Feststellung dieser Lücke zukommt. Folgte man nämlich der Ansicht von E.Wolf, der nur die Vertragsfreiheit und damit die unbeschränkte Zulässigkeit von Rückzahlungsklauseln als maßgeblich ansieht, dann fehlt es bereits an einer Lücke[25]. Erst die wertende Berücksichtigung anderer Grundsätze wie zum Beispiel der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und des Verbots unzulässiger Kündigungsbedingungen führt zu einer Einschränkung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit und damit zur Feststellung einer Lücke. Die Ausfüllung der Lücke nimmt das Bundesarbeitsgericht normativ vor, indem es genaue Regeln über die Zulässigkeit der Rückzahlungsklauseln aufstellt.
Gegen diese richterlichen Normen bestehen zwei Bedenken. Einmal wird gerügt, daß der Richter nicht berechtigt sei, genaue Stichzeiten festzustellen[26]. Dieser

---

(24) Siehe hierzu § 8 (S.25 ff.)

(25) Siehe Anm. zu AP Nr.1 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation und in SAE 1966, S.233 (danach wird das Recht zur Vereinbarung von Rückzahlungsklauseln nur durch § 138 BGB und das darin enthaltene Verbot sittenwidriger Rechtsgeschäfte begrenzt).

(26) Wieacker, JZ 1963, S.176.

Vorwurf geht deswegen fehl, weil er verkennt, daß die Rechtsprechung im Rahmen der ihr einzuräumenden Befugnis nicht anders Normen setzt als der Gesetzgeber. Ebenso wie der Gesetzgeber Fristen und Termine gesetzlich regelt, ohne sie "vom Sternenhimmel der Rechtsidee" holen zu können, sondern sie im Interesse der Rechtssicherheit festsetzt, so ist dazu auch das Bundesarbeitsgericht berechtigt[27].

Die weiteren Bedenken richten sich dagegen, daß das Bundesarbeitsgericht hier über den Anlaßfall hinaus Normen aufstellt, ohne vom Fall her dazu berufen zu sein. Dieses Problem der obiter dicta und die Auswirkungen auf die juristische Geltung dieser Normen ist bereits eingehend erörtert worden. Im Ergebnis muß den beiläufig aufgestellten Normen die juristische Geltung abgesprochen werden.

Hierbei ist jedoch zweierlei zu berücksichtigen. Das Bundesarbeitsgericht hatte ursprünglich für vier Fallgestaltungen Normen mit genauen Fristen aufgestellt, obwohl nur einer dieser Fälle zur Entscheidung stand (Gratifikation unter 100.- DM)[28]. Die übrigen drei Fälle wurden als obiter dictum erörtert und entschieden. Zwei Fallgestaltungen können zusammen behandelt werden, weil die Gratifikation jeweils ein Monatsgehalt beträgt und der Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts erst nach dem 31.März des folgenden Jahres kündigen und ausscheiden darf, wenn er die Gratifikation behalten will. Die vom Bundesarbeitsgericht gemachte weitere Unterscheidung, ob der Arbeitnehmer zum Beispiel als Handlungsgehilfe nur eine Kündigungsmöglichkeit bis zum 31.März hat oder - wie bei den gewerblichen Arbeitnehmern - mehrere Kündigungsmöglichkeiten, ist somit ohne Auswirkung. Dieser - zusammengefaßte - Fall einer Gratifikation von einem Monatsgehalt hat in der Folgezeit dem Bundesarbeitsgericht

---

(27) Siehe hierzu bereits § 34 am Ende (S.132).

(28) BAG AP Nr.22, 23 zu § 611 BGB Gratifikation, siehe hierzu § 8 (S.25 ff.)

mehrfach zur Entscheidung vorgelegen[29]. Es hat jeweils das anfängliche obiter dictum bestätigt. In der zweiten Fallgestaltung - die Gratifikation beträgt mehr als 100.- DM, erreicht aber nicht ein Monatsgehalt - ist es ebenso[30]. Durch diese nachfolgende Bestätigung haben daher die ursprünglichen obiter dicta juristische Geltung erhalten, da sie nunmehr zu tragenden Entscheidungssätzen geworden sind.
Außerdem haben die richterlichen Normen von Anfang an empirische Geltung gehabt, da sowohl das Bundesarbeitsgericht als auch die Instanzgerichte sie ohne weiteres als verbindlich behandelt haben. Die praktischen Auswirkungen sind somit gering, zumal da anzunehmen ist, daß die Norm nicht anders ausgefallen wäre, wenn das Bundesarbeitsgericht die Entscheidung anfangs noch offengelassen hätte, soweit die Frage nicht zur Entscheidung stand. Die Abhängigkeit vom konkreten Entscheidungsfall mag hier geringer sein als anderswo. Andererseits macht das Bundesarbeitsgericht selbst gerade die Rechtsprechung zum Gratifikationsrecht zum Gegenstand einer theoretischen Rechtfertigung seiner Befugnis, "generalisierend" über den Anlaßfall hinaus Rechtsnormen aufzustellen[31]. Dieser Ansicht muß daher hier entgegengetreten werden. Auch das praktische Argument des Bundesarbeitsgerichts, es könne hier der Rechtssicherheit nicht mehr mit einer Falljustiz dienen, da die wenigen vorhandenen Tatsachengerichte sonst von einer Prozeßflut überschwemmt werden, überzeugt nicht[32]. Wie schon erwähnt, standen die anderen Fallgestaltungen

---

(29) BAG AP Nr.24, 25, 61, 62, 64 zu § 611 BGB Gratifikation (im letzten Fall handelt es sich übrigens um einen gewerblichen Arbeitnehmer).

(30) BAG AP Nr.27, 28, 36, 63, 66, 70 zu § 611 BGB Gratifikation; AP Nr.1 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation.

(31) BAG AP Nr.22, 23 zu § 611 BGB Gratifikation; AP Nr.1 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation; siehe hierzu § 9 (S.28 ff.).

(32) BAG AP Nr.1 zu § 611 Urlaub und Gratifikation.

später ebenfalls zur Entscheidung an[33]. Die Zahl der Prozesse hätte sich auch dann nicht erhöht, wenn das Bundesarbeitsgericht die noch nicht zu entscheidenden Fälle offengelassen hätte, zumal da im Arbeitsrecht aufgrund der beteiligten Verbände häufig Musterprozesse durchgeführt werden.
Im übrigen zeigen die nachfolgenden Entscheidungen, daß auch im überschaubaren Bereich des Gratifikationsrechts die Erweiterung der Entscheidungsnormen über den Anlaßfall hinaus nicht geeignet war, den Komplex umfassend normativ zu regeln. Der Richter kann nicht künftig auftretende Fallgestaltungen theoretisch bilden und dann normativ erfassen, da ihm die Möglichkeiten des Gesetzgebers zur umfassenden Klärung des Regelungstatbestandes fehlen und der Entscheidung insoweit auch nicht die tatsächlichen Grundlagen des Parteivortrages zur Verfügung stehen. Es ergeben sich dann immer wieder Schwierigkeiten, wie unvorhergesehene Fallgestaltungen in das schon vorhandene Normsystem eingefügt werden sollen. So haben die Gratifikationsregelungen in Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen zu Einschränkungen und Abänderungen geführt, die erst recht nicht der Rechtssicherheit dienen. Angesichts dieser Bedenken und Vorbehalte gegenüber der extensiven Normbildung des Bundesarbeitsgerichts besteht kein Anlaß zu den euphorischen Lobesworten, die Gamillscheg über die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Recht der Rückzahlungsklauseln findet[34].

---

(33) Gerade im Bereich der Rückzahlungsklauseln erfolgten die Bestätigungen sofort danach: im Fall der Gratifikation von einem Monatsbezug 2 Monate (BAG AP Nr.24 zu § 611 BGB Gratifikation), im Fall der Gratifikation unter einem Monatsbezug 17 Monate später (BAG AP Nr.27 zu § 611 BGB Gratifikation und AP Nr.1 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation). Auch im Falle der zwei Monatsgehälter, den das Bundesarbeitsgericht anfangs noch offengelassen und erst 7 1/2 Jahre später zu entscheiden hatte, hat es keine Prozeßflut gegeben.

(34) "Für das Recht der Rückzahlungsvereinbarungen bei Gratifikationen bringt das vorliegende Urteil einen

§ 44

2) Rechtspolitische Kritik

Die rechtspolitische Kritik kann sich kurz fassen, Nur die Fragen der Rückzahlungsklauseln sind problematisch und Gegenstand von Auseinandersetzungen. Allgemein läßt sich die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Zulässigkeit von Rückzahlungsklauseln als ausgewogen bezeichnen, da sie den beiderseitigen Interessen gerecht wird. Aus sozialstaatlichen Gesichtspunkten mag es allerdings überlegenswert erscheinen, die Zulässigkeit von Rückzahlungsklauseln generell zu verneinen. Diese Ansicht scheitert aber am Grundsatz der Vertragsfreiheit, der zwar nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in diesem Bereich aus allgemeinen und arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten Einschränkungen unterliegt, der aber auch im Arbeitsrecht gilt und daher grundsätzliche Beachtung finden muß.
Bedenken gegen die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bestehen nur in den Fällen, in denen das Gericht zu sehr weitreichenden Rückzahlungsverpflichtungen kommt, wenn höhere Gratifikationen gezahlt worden sind. Hier hat das Bundesarbeitsgericht eine gestaffelte Rückzahlungsverpflichtung anerkannt, die bei Gratifikationen in Höhe von zwei Monatsbezügen zu einer Bindung ohne Ende führt[35]. Wenn nämlich bei Ausscheiden des Arbeitnehmers zum 30.September des darauffolgenden Jahres noch ein halbes Monatsgehalt zurückgezahlt werden muß, hat er keine Möglichkeit mehr, wenigstens einmal

---

wichtigen Beitrag: Er ist gewissermaßen der Schlußstein eines eindrucksvollen Gebäudes des Richterrechts, dessen erster Quader vom 5.Senat in dem berühmten Grundsatzurteil vom 10.5.1962 AP Nr.22 zu § 611 BGB Gratifikation in die Arena gerollt worden war." (Anm. zu BAG AP Nr.63 zu § 611 BGB Gratifikation in AP). Zu bemängeln bleibt im übrigen das schiefe Bild, das eindrucksvolle Gebäude in Arenen errichten läßt.

(35) BAG AP Nr.69 zu § 611 BGB Gratifikation.

im Jahr unbeeinflußt von solchen Zahlungen des Arbeitgebers über die Frage seines Verbleibens im Betrieb nachzudenken und zu entscheiden. Die letzte Kündigungsmöglichkeit zum 31.Dezember steht bereits wieder unter dem Druck der neuen Gratifikationszahlung, die in aller Regel nur an Arbeitnehmer in ungekündigter Stellung erfolgt.

Dieser wesentliche Gesichtspunkt der Bindungswirkung ohne Ende, den das Bundesarbeitsgericht sonst selbst beachtet und anwendet(36), wird hier mit Rücksicht auf die Höhe der Gratifikation zurückgestellt. Zwar mag die Höhe der Zahlung zu Recht bei der Ermittlung einer beiden Seiten gerecht werdenden Lösung berücksichtigt werden. Sie darf aber nur insoweit Beachtung finden, als nicht die Rückzahlungsverpflichtung für den Arbeitnehmer aus dem Gedanken der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht bzw. dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip(37) unzumutbar wird. Wenn man daher eine unzumutbare Bindungswirkung ohne Ende verhindern will, um dem Arbeitnehmer die Gelegenheit für eine auch tatsächlich unbeeinflußte Entscheidung über die weitere Betriebszugehörigkeit zu sichern, so muß es im Ergebnis eine absolute Grenze für die Zulässigkeit von Rückzahlungsklauseln geben, die nicht mehr von der Höhe der Gratifikationszahlung abhängt. Es besteht sonst die Gefahr, daß auf dem Wege überhöhter Gratifikationszahlungen unangemessen lange Bindungen an den Betrieb erstrebt und erreicht werden. Wenn es sich um Beträge handelt, die der Arbeitgeber ohnehin aufgrund der Arbeitsmarktlage als übertarifliche Lohnbestandsteile hätte bezahlen müssen, dann führt diese Art der Gratifikations- und Prämienzahlungen zu einer Verschlechterung der Stellung des Arbeitnehmers, die mit den geltenden arbeitsrechtlichen Schutzgedanken in Widerspruch steht.

---

(36) Siehe BAG AP Nr.22, 23, 28, 61, 62 zu § 611 BGB Gratifikation.

(37) So Blomeyer-Buchner, Rückzahlungsklauseln, S.18 ff.

IV. Kapitel: Zusammenfassung und Ergebnis

§ 45

1) Allgemeine Grundsätze

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat allgemein nicht nur die Aufgabe, Rechtsstreitigkeiten endgültig zu entscheiden, sondern auch, auf die weitere Rechtsentwicklung Einfluß zu nehmen.
Diese über den Streitfall hinausgehende Bedeutung der höchstrichterlichen Rechtsprechung läßt sich bereits dem Prozeßrecht entnehmen, das den Einfluß auf die Rechtsfortbildung und Rechtseinheit im Revisionsrecht und in den Vorschriften über die Zuständigkeit des Großen Senats anerkennt.
Es entspricht weiterhin einem Gebot der Rechtssicherheit als Teil des Rechtsstaatsprinzips, wenn die Rechtsprechung einheitlich judiziert und dadurch für den Bürger voraussehbar wird. Das Rechtsverweigerungsverbot zwingt den Richter dazu, auch dann eine materielle Entscheidung zu treffen, wenn sich dem Gesetz keine zutreffende Regelung entnehmen läßt.
Im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit führt das dazu, daß der Richter zunächst abstrakte Obersätze bilden muß, auch wenn sie nicht unmittelbar dem Gesetz zu entnehmen sind. Aus ihnen wird die Entscheidung des einzelnen Streitfalles abgeleitet.

Das Gewaltenteilungsprinzip in der positiven Ausformung, die es im Grundgesetz gefunden hat, wirkt sich für die Abgrenzung der Legislative von der Rechtsprechung dahin aus, daß die Legislative die Gesetzgebungsprärogative hat.
Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht führt dazu, daß der Richter zur Entscheidung aufgrund von Wertungen, die über das Gesetz hinausgehen, nur dann

berufen ist, wenn das Gesetz schweigt oder eine Verweisung an die Rechtsprechung enthält. Dagegen führt die Bindung an Gesetz und Recht nicht zu einer Bindung an Präjudizien.

Wesentliche Bedeutung für die richterliche Normbildung hat der Bereich der richterlichen Eigenwertung. Dieser Raum reicht von der Gesetzesanwendung über die Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln bis zur Lückenfeststellung und -füllung sowie den Entscheidungen contra legem. Niederschlag finden richterliche Wertungen in den abstrakten Obersätzen einer Entscheidung.

Diese Obersätze entsprechen ihrem Aufbau und Inhalt nach Rechtsnormen. Wie bei gesetzlichen Rechtsnormen kommt es auf ihre Geltung an. Diese Geltung kann verschiedene Gründe haben, die in der Regel zusammentreffen. Die Geltung einer gesetzlichen Norm hängt vor allem von dem juristischen und empirischen Geltungsgrund ab. Der juristische Geltungsgrund betrifft die Vereinbarkeit einer Norm mit höherrangigem Recht, der empirische Geltungsgrund die Chance der Durchsetzbarkeit als garantiertes Recht.

Die juristische Geltung richterlicher Normen hängt davon ab, ob die Norm mit dem einschlägigen Gesetz und der Verfassung übereinstimmt, ob es sich um eine methodisch zutreffende Rechtsnormbildung handelt und ob das Gericht vom Anlaßfall her zur Aufstellung eigener richterlicher Normen befugt war. Hier ist vor allem die Tatsache von Bedeutung, ob es sich bei der Norm um einen tragenden Rechtssatz handelt oder um nebenbei gemachte Ausführungen, sogenannte obiter dicta.

Die empirische Geltung kann immer dann bejaht werden, wenn die zuständige letzte Instanz eine Rechtsfrage entschieden hat, und erkennbar ist, daß sie auch in Zukunft die aufgestellten Normen anwenden will. Auf diese Prognose hat in erster Linie das entscheidende Gericht selbst Einfluß durch Urteilsbegründung, For-

mulierung von Leitsätzen, Bestätigung früherer Entscheidungen und Veröffentlichungen. Bei einer Rechtsprechungsänderung ist das Problem des Verbots rückwirkender Normen zu beachten.

§ 46

2) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Neben einzelnen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, die diese allgemeinen Erkenntnisse belegen konnten bzw. zwecks kritischer Würdigung herangezogen wurden, sind es drei Rechtsprechungskomplexe, die als Erkenntnisgrundlage dienen: das Arbeitskampfrecht, die Lehre vom Betriebsrisiko und die Rechtsprechung zum Gratifikationsrecht. Ausgehend von den gewonnenen Ergebnissen kommt es jeweils darauf an, ob die methodische Analyse zur Bejahung der Normgeltung führt. Die Bejahung der Rechtsnormqualität macht außerdem eine rechtspolitische Kritik erforderlich. Die Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht stellt sich methodisch als Ausfüllung einer umfassenden Rechtslücke dar. Diese Ausfüllung geschieht in methodisch zulässiger Form und widerspricht nicht dem Grundgesetz, so daß es sich um geltende Normen handelt.
In rechtspolitischer Hinsicht ergeben sich Ansatzpunkte für die Kritik daraus, daß das Bundesarbeitsgericht seine eigene politische Einstellung zum Arbeitskampf und Streik zur Grundlage der Entscheidung macht und als allgemeingültige Erkenntnis ausgibt.
Diese Bedenken gelten auch gegenüber der Lehre vom Betriebsrisiko, die in methodisch zulässiger Form Normen contra legem aufstellt.
Bei der Rechtsprechung zum Gratifikationsrecht geht es um die Feststellung und Ausfüllung einer Gesetzeslücke.

Bedenken bestehen gegen die extensive Normbildung, die durch den Anlaßfall nicht bedingt ist.
Alle drei Komplexe, die unter rechtstatsächlichen Gesichtspunkten ausgewählt worden sind, bestätigen damit auch in theoretischer und rechtspolitischer Hinsicht ihre Bedeutung für Grundlagen, Voraussetzungen und Ausmaß richterlicher Normbildung im allgemeinen und die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes im besonderen.

Anhang: Entscheidungsregister

1954

3. 6. - 2 AZR 121/54 - AP Nr.4 zu § 72 ArbGG 1953 = BAGE 1, 18 = RdA 1954, 315 = BB 1954, 597 = DB 1954, 579 = NJW 1954, 1095

23. 6. - 1 AZR 130/54 - AP Nr.3 zu § 72 ArbGG 1953 = RdA 1954, 400 = DB 1954, 599

29. 6. - 2 AZR 13/53 - AP Nr. 1 zu § 611 BGB Gratifikation = BAGE 1, 36 = RdA 1954, 359 = BB 1954, 687 = DB 1954, 676 = NJW 1954, 1343

7. 7. - 1 ABR 2/54 - AP Nr.1 zu § 13 BetrVG = BAGE 1, 46 = RdA 1954, 358 = BB 1954, 745 = DB 1954, 744 = NJW 1954, 1420

15. 9. - 1 AZR 258/54 - AP Nr.1 zu § 66 BetrVG = BAGE 1, 69 = RdA 1954, 400 = BB 1954, 871 = DB 1954, 803 = NJW 1954, 1702

15. 9. - 1 AZR 154/54 - AP Nr.2 zu § 66 BetrVG = BAGE 1, 80 = RdA 1954, 400 = BB 1954, 870 = DB 1954, 803 = NJW 1954, 1863

23. 9. - 2 AZR 31/53 - AP Nr.1 zu § 3 TOA = BAGE 1, 85 = RdA 1955, 40 = BB 1954, 995 = DB 1954, 847 = NJW 1955, 157

23. 9. - 2 AZR 72/53 - AP Nr.2 zu § 3 TOA = RdA 1955, 40

9.10. - 2 AZR 313/54 - AP Nr.20 zu § 72 ArbGG 1953 = BAGE 1, 106 = RdA 1954, 479 = NJW 1954, 1784

20.10. - 1 AZR 193/54 - AP Nr.6 zu § 1 KSchG = BAGE 1, 117 = RdA 1954, 479 = BB 1954, 999 = DB 1954, 978 = NJW 1954, 1949

3.12. - 1 AZR 150/54 - AP Nr.2 zu § 13 KSchG = BAGE 1, 185 = RdA 1955, 79 = BB 1955, 128 = DB 1955, 147 = NJW 1955, 569

21.12. - 2 AZR 5/53 - AP Nr.2 zu § 611 BGB Lohnanspruch = BAGE 1, 241 = RdA 1955, 159 = BB 1955, 869 = DB 1955, 314

1955

27. 1. - 2 AZR 479/54 - AP Nr.4 zu § 11 KSchG = BAGE 1, 279 = RdA 1955, 159 = BB 1955, 131 = DB 1955, 314 = NJW 1955, 807

28. 1. - GS 1/54 - AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf = BAGE 1, 291 = RdA 1955, 198 = BB 1955, 454 = DB 1955, 455 = NJW 1955, 882

1955

2. 3. - 1 ABR 9/54 - AP Nr. 2 zu § 96 ArbGG 1953 = BAGE 1, 341 = RdA 1955, 200 = BB 1955, 453 = NJW 1955, 1047

9. 3. - 1 ARV 1/54 - AP Nr. 1 zu § 18 BAngVers gfAngest.= BAGE 1, 281 = RdA 1955, 160

4. 5. - 1 AZR 493/54 - AP Nr. 2 zu Art.9 GG Arbeitskampf = BAGE 2, 75 = BB 1955, 1028 = DB 1955, 779 = NJW 1955, 1373

26. 5. - 2 AZR 66/53 - AP Nr. 6 zu § 69 ArbGG 1953 = BAGE 2, 26 = RdA 1955, 320 = BB 1955, 638 = DB 1955, 560 = NJW 1955, 1128

8. 6. - 2 AZR 93/54 - AP Nr. 1 zu § 161 ZPO = RdA 1955, 319

27. 6. - 1 AZR 429/54 - AP Nr. 4 zu § 66 BetrVG = BAGE 2, 87 = BB 1955, 733 = DB 1955, 755 = NJW 1955, 1374

5. 9. - 1 AZR 480-489/54 - AP Nr.3 zu Art.9 GG Arbeitskampf = RdA 1955, 399 = BB 1955, 929 = DB 1955, 1018

29. 9. - 2 AZR 504/54 - AP Nr. 4 zu Art.9 GG Arbeitskampf

12.10. - 1 ABR 1/54 -AP Nr. 3 zu § 96 ArbGG 1953 = BAGE 2, 147 = RdA 1955, 480 = BB 1955, 929 = NJW 1955, 1942

12.10. - 1 ABR 13/54 - AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG = BAGE 2, 165 = RdA 1955, 480 = BB 1955, 929 = DB 1955, 995 = NJW 1955, 1894

2.11. - 1 AZR 285/55 - AP Nr.31 zu § 72 ArbGG 1953

3.11. - 2 AZR 39/54 - AP Nr. 4 zu § 626 BGB = BAGE 2, 214 = RdA 1956, 39 = BB 1956, 44 = DB 1955, 1068 = NJW 1956, 240

3.11. - 2 AZR 86/54 - AP Nr. 5 zu § 626 BGB = BAGE 2, 207 = RdA 1956, 38 = BB 1956, 43 = DB 1955, 1227 = NJW 1955, 239

9.12. - 1 AZR 531/54 - AP Nr. 2 zu § 7 KSchG = RdA 1956, 119 = BB 1956, 143 = DB 1956, 114

13.12. - 2 AZR 220/55 - AP Nr.35 zu § 72 ArbGG 1953 = RdA 1956, 160

15.12. - 2 AZR 239/54 - AP Nr. 6 zu § 626 BGB

1956

24. 1. - 3 AZR 14/53 - AP Nr. 2 zu § 611 BGB Gratifikation = BAGE 2, 264 = RdA 1956, 159 = BB 1956, 274 = DB 1956, 283 = NJW 1956, 605

2. 2. - 1 AZR 510/55 - AP Nr.36 zu § 72 ArbGG 1953 = RdA 1956, 200

1. 3. - 2 AZR 183/54 - AP Nr. 1 zu § 4 TVG Effektivklausel = BAGE 2, 297 = RdA 1956, 238 = BB 1956, 337 = DB 1956, 330

6. 3. - 3 AZR 175/55 - AP Nr. 3 zu § 611 BGB Gratifikation - BAGE 2, 302 = RdA 1956, 199 = BB 1956, 401 = DB 1956, 402 = NJW 1956, 1123

22. 6. - 1 AZR 116/54 - AP Nr.11 zu § 611 BGB Urlaubsrecht = BAGE 3, 52 = RdA 1956, 399 = BB 1956, 752 = DB 1956, 800

27. 7. - 1 AZR 436/55 - AP Nr.12 zu § 611 BGB Urlaubsrecht = BAGE 3, 99 = RdA 1956, 399 = BB 1956, 818 = DB 1956, 823 = NJW 1956, 1533

4.10. - 2 AZR 213/54 - AP Nr. 4 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1956, 479 = BB 1956, 1032 = DB 1956, 1039 - NJW 1956, 1853

9.10. - 3 AZR 643/54 - AP Nr. 2 zu § 1 TVG Auslegung = BAGE 3, 159 = RdA 1957, 79 = BB 1957, 77 = DB 1957, 24 = NJW 1957, 319

1957

25. 1. - 1 AZR 139/56 - AP Nr.46 zu § 72 ArbGG 1953 = RdA 1957, 120

1. 2. - 1 AZR 521/54 - AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG = BAGE 3, 266 = RdA 1957, 158 = BB 1957, 292 = DB 1957, 262

8. 2. - 1 AZR 169/55 - AP Nr. 1 zu § 1 TVG Friedenspflicht = BAGE 3, 280 = RdA 1957, 197 = BB 1957, 183 = DB 1957, 215 = NJW 1957, 647

8. 2. - 1 AZR 338/55 - AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko = BAGE 3, 346 = RdA 1957, 158 = BB 1957, 183 = DB 1957, 165 = NJW 1957, 687

23. 3. - 1 AZR 326/56 - AP Nr.16 zu Art.3 GG = BAGE 4, 240 = RdA 1957, 359 = BB 1957, 857 = DB 1957, 823

23. 3. - 1 AZR 203/56 - AP Nr.17 zu Art.3 GG = BAGE 4, 125 = RdA 1957, 309 = DB 1957, 775

1957

23. 3. - 1 AZR 64/56 - AP Nr.18 zu Art.3 GG = BAGE 4, 133 = RdA 1957, 359 = DB 1957, 776

27. 3. - 4 AZR 22/55 - AP Nr. 3 zu § 1 TVG Auslegung = BAGE 4, 86 = RdA 1957, 480 = DB 1957, 582

29. 3. - 1 AZR 547/55 - AP Nr. 5 zu Art.9 GG Arbeitskampf = BAGE 4, 41 - RdA 1957, 312 = BB 1957, 544 = DB 1957, 512 = NJW 1957, 1047

3. 4. - 4 AZR 270/54 - AP Nr. 6 zu § 611 BGB Gratifikation = BAGE 4, 144 = RdA 1957, 358 = BB 1957, 750 = DB 1957, 724

17. 4. - 2 AZR 411/54 - AP Nr. 5 zu § 611 BGB Gratifikation = BAGE 4, 13 = RdA 1957, 308 = BB 1957, 546 = DB 1957, 483 = NJW 1957, 1005

24. 5. - 1 ABR 4/56 - AP Nr. 7 zu § 76 BetrVG = BAGE 4, 176 = RdA 1958, 38 = BB 1957, 928 = DB 1957, 870 = NJW 1957, 1574

25. 7. - 1 AZR 194/56 - AP Nr. 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko = RdA 1957, 437 = BB 1957, 965 = DB 1957, 922

17. 9. - 1 AZR 312/56 - AP Nr. 4 zu § 1 TVG Auslegung = RdA 1958, 40

20. 9. - 1 AZR 136/56 - AP Nr.34 zu § 1 KSchG = BAGE 4, 306 = RdA 1958, 40 = BB 1957, 1182 = DB 1957, 1155 = NJW 1958, 37

25. 9. - GS 4+5/56 - AP Nr. 4 zu §§ 898, 899 RVO = BAGE 5, 1 = RdA 1958, 40 = BB 1957, 1000 = DB 1957, 947 = NJW 1958, 235

26. 9. - 2 AZR 148/55 - AP Nr.10 zu § 1 TVG Auslegung = RdA 1958, 200

27. 9. - 1 AZR 81/56 - AP Nr. 6 zu Art.9 GG Arbeitskamp = RdA 1958, 39 = BB 1957, 1142 = DB 1957, 1130 = NJW 1957, 1942

10.10. - 2 AZR 42/55 - AP Nr.12 zu § 1 TVG Auslegung BAGE 5, 323 = RdA 1958, 318 = BB 1957, 1220 = DB 1958, 460

15.11. - 2 AZR 463/57 - AP Nr.53 zu § 72 ArbGG 1953 = RdA 1958, 157

11.11. - 2 AZR 481/55 - AP Nr.13 zu § 1 TVG Auslegung BAGE 5, 338 = RdA 1958, 318 = BB 1958, 192 = DB 1958, 167

1957

9.12. - 1 AZR 497/57 - AP Nr.11 zu § 66 BetrVG = RdA 1958, 158 = BB 1958, 83 = DB 1958, 54

31.12. - 2 AZR 592/57 - AP Nr.54 zu § 72 ArbGG 1953 = RdA 1958, 158

1958

17. 1. - 1 AZR 256/57 - AP Nr. 7 zu § 1 HAG-NRW = BAGE 5, 187 = RdA 1958, 199 = BB 1958, 118 = DB 1958, 83

24. 1. - 1 AZR 132/57 - AP Nr. 4 zu § 615 BGB Betriebsrisiko = RdA 1958, 199 = BB 1958, 340 = DB 1958, 572

30. 1. - 2 AZR 397/55 - AP Nr. 9 zu § 611 BGB Lohnanspruch = RdA 1958, 358 = BB 1958, 340 = DB 1958, 343

27. 6. - 1 AZR 589/57 - AP Nr. 7 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1958, 440 = BB 1958, 984 = DB 1958, 1073

4. 7. - 1 AZR 559/57 - AP Nr. 5 zu § 615 BGB Betriebsrisiko = RdA 1958, 476

24.10. - 2 AZR 244/55 - AP Nr. 8 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1959, 319

31.10. - 1 AZR 632/57 - AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht = BAGE 6, 321 = RdA 1958, 455 = BB 1958, 1132 = DB 1959, 87 = NJW 1959, 356

7.11. - 1 AZR 249/58 - AP Nr. 1 zu § 611 BGB Film = BAGE 7, 20 = RdA 1959, 240 = BB 1959, 80 = NJW 1959, 693

21.11. - 1 AZR 107/58 - AP Nr.11 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1960, 36

27.11. - 2 AZR 9/58 - AP Nr.69 zu § 1 TVG Auslegung = BAGE 7, 81 = RdA 1960, 78 = BB 1958, 1245 = DB 1958, 1394 = NJW 1959, 1004

1.12. - 1 AZR 468/56 - AP Nr. 8 zu § 72 ArbGG 1953 Divergenzrevision = RdA 1959, 439

4.12. - 2 AZR 282/57 - AP Nr. 3 zu § 68 ArbGG 1953 = BAGE 7, 99 = RdA 1959, 318 = BB 1959, 198 = DB 1959, 236 = NJW 1959, 958

17.12. - 1 AZR 349/57 - AP Nr. 3 zu § 1 TVG Friedenspflicht = RdA 1959, 356 = BB 1959, 304 = DB 1959, 378

1958

18.12. - 2 AZR 269/58 - AP Nr. 5 zu § 72 ArbGG 1953 Divergenzrevision = BAGE 7, 147 = RdA 1959, 399 = BB 1959, 342 = NJW 1959, 1004

19.12. - 2 AZR 390/58 - AP Nr. 1 zu § 133b GewO = BAGE 7, 165 = RdA 1959, 438 = BB 1959, 449 = NJW 1959, 1149

1959

22. 4. - 4 AZR 508/56 - AP Nr. 9 zu § 611 BGB Dienstordnungs-Angestellte = RdA 1960, 35 = DB 1959, 919

8.10. - 2 AZR 503/56 - AP Nr.14 zu § 56 BetrVG = BAGE 8, 143 - RdA 1960, 159 = BB 1959, 1137 = DB 1959, 1257

5.11. - 2 AZR 529/56 - AP Nr. 1 zu § 133 ab GewO = BAGE 8, 194 = RdA 1960, 199 = BB 1960, 247 = DB 1960, 238

17.12. - 2 AZR 45/59 - AP Nr.80 zu § 1 TVG Auslegung = RdA 1960, 280

17.12. - GS 2/59 - AP Nr.21 zu § 616 BGB = BAGE 8, 285 = RdA 1960, 160 = BB 1960, 326 = DB 1960, 353 = NJW 1960, 738

18.12. - GS 8/58 - AP Nr.22 zu § 616 BGB = BAGE 8, 314 = RdA 1960, 160 = BB 1960, 362 = DB 1960, 357 = NJW 1960, 741

1960

22. 1. - 1 AZR 449/57 - AP Nr.96 zu § 1 TVG Auslegung = RdA 1960, 476

31. 5. - 5 AZR 505/58 - AP Nr.15 zu § 611 BGB Gratifikation = BAGE 9, 250 = RdA 1960, 440 = BB 1960, 865 = DB 1960, 921 = NJW 1960, 1926

18. 6. - 5 AZR 31/59 - AP Nr.16 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1960, 440 = BB 1960, 864 = DB 1960, 921 - NJW 1960, 1973

14.10. - 1 AZR 233/58 - AP Nr.10 zu Art.9 GG Arbeitskampf = BAGE 10, 88 = RdA 1961, 93 = BB 1961, 175 = DB 1961, 205 = NJW 1961, 573

19.10. - 1 AZR 373/58 - AP Nr.11 zu Art.9 GG Arbeitskampf = BAGE 10, 111 = RdA 1961, 89 = BB 1960, 1167 = DB 1960, 1249 = NJW 1961, 478

1960

2.12. - 1 ABR 20/59 - AP Nr. 2 zu § 19 BetrVG = BAGE 10, 223 = RdA 1961, 178 = BB 1961, 330 = DB 1961, 377 = NJW 1961, 894

8.12. - 5 AZR 535/59 - AP Nr.20 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1961, 96 = BB 1961, 175 = DB 1961, 171

12.12. - 4 AZR 342/60 - AP Nr.10 zu § 72 ArbGG 1953 Divergenzrevision = RdA 1961, 96 = BB 1961, 99

1961

8. 2. - 4 AZR 14/59 - AP Nr.105 zu § 1 TVG Auslegung = RdA 1961, 180 " BB 1961, 405 = DB 1961, 476

24. 2. - 1 AZR 17/59 - AP Nr.31 zu § 1 ArbKrankhG = RdA 1961, 219 = BB 1961, 530 = DB 1961, 610

4. 3. - 5 AZR 169/60 - AP Nr.21 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1961, 219 = BB 1961, 529 = DB 1961, 647

8. 3. - 4 AZR 223/59 - AP Nr.13 zu § 615 BGB Betriebsrisiko = BAGE 11, 34 = RdA 1961, 258 = BB 1961, 641 = DB 1961,747 = NJW 1961, 1693

18.10. - 1 AZR 75/61 - AP Nr.69 zu Art.3 GG = BAGE 11, 338 = RdA 1961, 499 = BB 1962, 49 = DB 1962, 34 = NJW 1962, 220

26.10. - 5 AZR 470/58 - AP Nr. 7 zu § 322 ZPO = BAGE 11, 346 = RdA 1962, 45 = BB 1961, 1383 = DB 1961, 1649 = NJW 1962, 173

17.11. - 1 AZR 247/60 - AP Nr. 2 zu § 143d AVAVG = BAGE 12, 43 = RdA 1962, 46 = BB 1962, 181 = DB 1962, 208

1962

19. 1. - 1 ABR 14/60 - AP Nr.13 zu § 2 TVG = BAGE 12, 184 = RdA 1962, 126 = BB 1962, 218 = DB 1962, 242

15. 2. - 2 AZR 322/60 - AP Nr.35 zu § 1 ArbKrankhG BAGE 12, 278 = RdA 1962, 247 = BB 1962, 596 = DB 1962, 707

16. 3. - GS 1/61 - AP Nr.19 zu § 1 HAG-NRW = BAGE 13, 1 = RdA 1962, 208 = BB 1962, 373 = DB 1962, 409 = NJW 1962, 1694

1962

10. 5. - 5 AZR 452/61 - AP Nr.22 zu § 611 BGB Gratifikation = BAGE 13, 129 = RdA 1962, 358 = NJW 1962, 1537

10. 5. - 5 AZR 353/61 - AP Nr.23 zu § 611 BGB Gratifikation - RdA 1962, 359 = BB 1962, 758 = DB 1962, 911

29. 6. - 1 AZR 343/61 - AP Nr.25 zu Art.12 GG = BAGE 13, 168 = RdA 1962, 412 = BB 1962, 1121 = DB 1962, 1309 = NJW 1962, 1981

29. 6. - 1 AZR 350/61 - AP Nr.26 zu Art.12 GG = RdA 1962, 412 = BB 1962, 1122 = DB 1962, 1312

13. 7. - 5 AZR 498/61 - AP Nr.24 zu § 611 BGB Gratifikation = BAGE 13, 204 = RdA 1962, 448 = BB 1962, 999 = DB 1962, 1178 = NJW 1962, 1932

7. 9. - 1 AZR 442/60 - AP Nr.22 zu § 1 HAG-NRW = RdA 1962, 449 = BB 1962, 1245 = DB 1962, 1475

12.10. - 1 AZR 379/61 - AP Nr. 1 zu § 10 JugArbSchutzG = BAGE 13, 240 = RdA 1963, 39 = BB 1963, 190 = DB 1963, 205 = NJW 1963, 507

7.12. - 1 AZR 134/61 - AP Nr.14 zu § 615 BGB Betriebsrisiko = RdA 1963, 119 = BB 1962, 1435 = DB 1963, 454

1963

18. 1. - 5 AZR 200/62 - AP Nr.22 zu § 615 BGB = RdA 1963, 158 = BB 1963, 476 = DB 1963, 554 = NJW 1963, 1123

21. 1. - 2 AZR 373/62 - AP Nr.16 zu § 2 ArbKrankhG = BAGE 14, 38 = RdA 1963, 120 = BB 1963, 688 = DB 1963, 626

24. 1. - 5 AZR 100/62 - AP Nr.29 zu Art.12 GG = RdA 1963, 158 = BB 1963, 187 = DB 1963, 589

25. 1. - 1 AZR 288/62 - AP Nr.24 zu Art.9 GG Arbeitskampf - BAGE 14, 52 - RdA 1963, 120 = BB 1963, 189 = DB 1963, 625 = NJW 1963, 1172

14. 2. - 2 AZR 364/62 - AP Nr.22 zu § 66 BetrVG = RdA 1963, 202 = BB 1963, 560 = DB 1963, 664

28. 3. - 5 AZR 472/62 - AP Nr.24 zu § 1 HAG-NRW = RdA 1963, 247 = BB 1963, 435 = DB 1963, 804

1963

23. 4. - 3 AZR 173/62 - AP Nr.26 zu § 611 BGB Gratifikation = BAGE 14, 174 = RdA 1963, 287 = BB 1963, 938 = NJW 1963, 1893

30. 5. - 5 AZR 282/62 - AP Nr.15 zu § 615 BGB Betriebsrisiko = RdA 1963, 353 = BB 1963, 731 = DB 1963, 836

19. 6. - 4 AZR 125/62 - AP Nr.116 zu § 1 TVG Auslegung = RdA 1963, 354 = BB 1963, 1055 = DB 1963, 1222

19. 6. - 5 AZR 314/62 - AP Nr. 1 zu § 92 HGB = RdA 1963, 354 = BB 1963, 1096 = DB 1963, 1290

3. 7. - 4 AZR 207/62 - AP Nr.24 zu § 72 ArbGG 1953 Divergenzrevision = RdA 1963, 399 = BB 1963, 1218 = DB 1963, 1436 = NJW 1963, 2292

9. 8. - 1 AZR 497/62 - AP Nr. 3 zu § 10 MuSchG = BAGE 14, 304 = RdA 1964, 38 = DB 1963, 1123 = NJW 1964, 467

27. 9. - 1 AZR 76/63 - AP Nr.25 zu § 1 HAG-NRW = RdA 1963, 473 = BB 1963, 1218 = DB 1963, 1774

3.10. - 5 AZR 456/62 - AP Nr.27 zu § 611 BGB Gratifikation = BAGE 15, 17 = RdA 1963, 474 = BB 1963, 1216 = DB 1963, 1716 = NJW 1964, 173

3.10. - 5 AZR 131/63 - AP Nr. 1 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation = BAGE 15, 23 = RdA 1963, 474 = BB 1963, 1217 = DB 1963, 1399 = NJW 1964, 171

17.10. - 1 ABR 1/63 - AP Nr.13 zu § 76 BetrVG = RdA 1964, 117 = BB 1964, 219 = DB 1964, 265

6.12. - 5 AZR 169/63 - AP Nr.28 zu § 611 BGB Gratifikation = BAGE 15, 153 = RdA 1964, 80 = BB 1964, 262 = DB 1964, 226 = NJW 1964, 568

6.12. - 1 AZR 223/63 - AP Nr.31 zu Art.9 GG Arbeitskampf = BAGE 15, 145 = RdA 1964, 194 = BB 1963, 1483 = DB 1963, 1716 = NJW 1964, 941

20.12. - 1 AZR 428/62 - AP Nr.32 zu Art.9 GG Arbeitskampf = BAGE 15, 174 = RdA 1964, 157 = BB 1964, 38 = DB 1964, 37 = NJW 1964, 883

20.12. - 1 AZR 429/62 - AP Nr.33 zu Art.9 GG Arbeitskampf = BAGE 15, 202 = RdA 1964, 158 = BB 1964, 38 = DB 1964, 37 = NJW 1964, 887

1963

20.12. - 1 AZR 157/63 - AP Nr.34 zu Art.9 GG Arbeitskampf = BAGE 15, 211 = RdA 1964, 195 = BB 1964, 552 = DB 1964, 75 = NJW 1964, 1291

1964

26. 2. - 5 AZR 523/63 - AP Nr.31 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1964, 196 = DB 1964, 520

26. 2. - 5 AZR 524/63 - AP Nr.32 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1964, 196 = BB 1964, 430 = DB 1964, 520

26. 2. - 5 AZR 525/63 - AP Nr.33 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1964, 196 = BB 1964, 430 = DB 1964, 520

13. 3. - 5 AZR 293/63 - AP Nr.34 zu § 611 BGB Gratifikation = BAGE 15, 300 = RdA 1964, 197 = BB 1964, 721 = DB 1964, 447 = NJW 1964, 1690

15. 5. - 1 AZR 432/63 - AP Nr.35 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1964, 357 = BB 1964, 643 = DB 1964, 774

11. 6. - 5 AZR 472/63 - AP Nr.36 zu § 611 BGB Gratifikation = BAGE 16, 107 = RdA 1964, 358 = BB 1964, 761 = DB 1964, 886 = NJW 1964, 1873

15. 6. - 1 AZR 356/63 - AP Nr.36 zu Art.9 GG Arbeitskampf = BAGE 16, 123 = RdA 1964, 359 = BB 1964, 966 = DB 1964, 922 = NJW 1964, 1822

18.12. - 5 AZR 262/64 - AP Nr.51 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1965, 80 = BB 1965, 588 = DB 1965, 897 = NJW 1965, 1347

1965

29. 3. - 5 AZR 6/65 - AP Nr.52 zu § 611 BGB Gratifikation = BAGE 17, 142 = RdA 1965, 315 = BB 1965, 587 = DB 1965, 711 = NJW 1965, 1348

1966

31. 3. - 5 AZR 516/65 - AP Nr.54 zu § 611 BGB Gratifikation = BAGE 18, 217 = RdA 1966, 277 = BB 1966, 739 = DB 1966, 587 = NJW 1966, 1625

1966

26. 4. - 1 AZR 242/65 - AP Nr.117 zu § 1 TVG Auslegung = BAGE 18, 278 = RdA 1966, 356 = BB 1966, 942 = DB 1966, 705 = NJW 1966, 1836

30. 8. - 1 ABR 1/66 - AP Nr. 15 zu § 76 BetrVG = BAGE 19, 76 = RdA 1966, 479 = BB 1966, 1393 = DB 1966, 1438 = NJW 1967, 75

1967

23. 2. - 5 AZR 234/66 - AP Nr. 57 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1967, 199 = BB 1967, 628 = DB 1967, 398

30. 3. - 5 AZR 359/66 - AP Nr. 58 zu § 611 BGB Gratifikation = BAGE 19, 300 = RdA 1967, 279 = BB 1967, 674 = DB 1967, 603 = NJW 1967, 1530

19. 6. - 2 AZR 287/66 - AP Nr. 1 zu § 124 GewO = BAGE 19, 351 = RdA 1967, 397 = BB 1967, 1087 = DB 1967, 1550 = NJW 1967, 2030

7. 9. - 5 AZR 80/67 - AP Nr. 61 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1967, 439 = BB 1967, 1247 = DB 1967, 1591

12.10. - 5 AZR 159/67 - AP Nr. 62 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1968, 39 = BB 1968, 43 = DB 1967, 1812 = NJW 1968, 518

16.10. - 2 AZR 271/67 - AP Nr. 31 zu § 72 ArbGG 1953 Divergenzrevision = RdA 1967, 479 = BB 1967, 1338 = DB 1967, 1948 = NJW 1968, 72

16.11. - 5 AZR 157/67 - AP Nr. 63 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1968, 77 = BB 1968, 107 = DB 1967, 2032

1968

18. 1. - 2 AZR 45/67 - AP Nr. 28 zu § 66 BetrVG = RdA 1968, 199 = BB 1968, 589 = DB 1968, 179 = NJW 1968, 1648

14. 2. - 4 AZR 275/67 - AP Nr. 7 zu § 4 TVG Effektivklausel = BAGE 20, 308 = RdA 1968, 239 = BB 1968, 665 = DB 1968, 1133 = NJW 1968, 1396

1968

22. 2. - 5 AZR 221/67 - AP Nr. 64 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1968, 200 = BB 1968, 587 = DB 1968, 1028

4. 7. - 5 AZR 403/67 - AP Nr. 3 zu § 72 ArbGG 1953 Zulassungsrevision = BAGE 21, 80 = RdA 1968, 399 = BB 1968, 997 = NJW 1968, 1980

9. 7. - 1 ABR 2/67 - AP Nr. 25 zu § 2 TVG = BAGE 21, 98 = RdA 1968, 399 = BB 1968, 1119 = DB 1968, 1715 = NJW 1968, 2160

8. 8. - 2 AZR 348/67 - AP Nr. 57 zu § 626 BGB = RdA 1968, 501 = BB 1968, 1201 = DB 1968, 1816

3. 9. - 1 AZR 113/68 - AP Nr. 39 zu Art.9 GG Arbeitskampf = RdA 1968, 501 = BB 1968, 1079 = DB 1968, 2176

17.10. - 5 AZR 281/67 - AP Nr. 66 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1969, 189 = DB 1968, 1953

6.11. - 4 AZR 186/68 - AP Nr. 16 zu § 615 BGB Betriebsrisiko = RdA 1969, 94 = BB 1969, 444 = DB 1969, 399

26.11. - 1 ABR 7/68 - AP Nr. 18 zu § 76 BetrVG = BAGE 21, 210 = RdA 1969, 53 = BB 1969, 227 = DB 1969, 309 = NJW 1969, 526

6.12. - 3 AZR 251/67 - AP Nr. 8 zu § 75b HGB = BAGE 21, 237 = RdA 1969, 61 = BB 1969, 312 = DB 1969, 443 = NJW 1969, 678

17.12. - 5 AZR 149/68 - AP Nr. 2 zu § 324 BGB = BAGE 21, 263 = RdA 1969, 62 = BB 1969, 314 = NJW 1969, 766

1969

30. 5. - 3 AZR 188/68 - AP Nr. 9 zu § 75b HGB = RdA 1969, 286 = DB 1969, 1612

10. 7. - 5 AZR 323/68 - AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit = RdA 1969, 317 = BB 1969, 997 = DB 1969, 1512 = NJW 1969, 1734

9.10. - 5 AZR 48/69 - AP Nr. 68 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1970, 29 - BB 1970, 39 = DB 1970, 401

1969

21.10. - 1 AZR 93/68 - AP Nr. 41 zu Art.9 GG Arbeitskampf = RdA 1970, 60 = BB 1970, 126 = DB 1970, 208 = NJW 1970, 486

13.11. - 5 AZR 232/69 - AP Nr. 69 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1970, 32 = BB 1970, 580 = DB 1970, 352 = NJW 1970, 582

4.12. - 5 AZR 84/69 - AP Nr. 32 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag = RdA 1970, 62 = BB 1970, 347 = DB 1970, 399

5.12. - 3 AZR 514/68 - AP Nr. 10 zu § 75b HGB = RdA 1970, 62 = BB 1970, 259 = DB 1970, 496 = NJW 1970, 723

1970

27. 2. - 1 AZR 150/69 - AP Nr. 54 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers = RdA 1970, 222 = BB 1970, 801 = DB 1970, 1132

19. 3. - GS 1/68 - AP Nr. 1 zu § 45 ArbGG 1953 = RdA 1970, 255 = BB 1970, 1012

25. 6. - 5 AZR 464/69 - AP Nr. 70 zu § 611 BGB Gratifikation = RdA 1970, 288 = BB 1970, 1050

1971

21. 4. - GS 1/68 - AP Nr. 43 zu Art.9 GG Arbeitskampf = BB 1971, 521, 701 = DB 1971, 1061 = NJW 1971, 1668

26.10. - 1 AZR 113/68 - RdA 1972, 64 = BB 1971, 1366 = DB 1972, 143

12.11. - 3 AZR 116/71 - DB 1972, 340

Lebenslauf

Am 19. November 1941 wurde ich in Stolp in Pommern als Sohn des damaligen Rechtsberaters Martin Gielen und seiner Ehefrau Charlotte geb. Jaenichen geboren.

Nach der kriegsbedingten Flucht fanden meine Eltern in Potsdam eine Unterkunft, wo ich von 1948 bis 1952 die Volksschule besuchte.

1952 mußte mein Vater Potsdam aus politischen Gründen verlassen und gründete zusammen mit seiner Familie in Berlin eine neue Existenz. Ich besuchte das humanistische Gymnasium zu Berlin-Steglitz und legte 1961 die Reifeprüfung ab.

Anschließend begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Im Sommer 1963 studierte ich in München. Im September 1966 legte ich in Berlin die erste Juristische Staatsprüfung ab.

Von 1966 bis 1969 war ich Referendar im Kammergerichtsbezirk. Während der Ausbildung war ich zeitweise beim Deutschen Gewerkschaftsbund tätig. Seit 1968 bin ich verheiratet, aus der Ehe ist 1972 ein Sohn hervorgegangen.

Im November 1969 legte ich die zweite Juristische Staatsprüfung ab.

Seit Anfang 1970 bin ich Rechtsanwalt in Berlin.

B. Ladewig · Dissertationsdruck · 1 Berlin 12 · Pestalozzistr. 105 · Tel. 318885